B28 167
1.

В28
167

Л. С. Таль.

Трудовой договоръ.

ЦИВИЛИСТИЧЕСКОЕ ИЗСЛѢДОВАНІЕ.

Часть I: Общія ученія.

ЯРОСЛАВЛЬ.
1913.

В 28 167

Л. С. Таль.

Трудовой договоръ.

ЦИВИЛИСТИЧЕСКОЕ ИЗСЛѢДОВАНІЕ.

Часть I: Общія ученія.

1101/67

ЯРОСЛАВЛЬ.
Типографія Губернскаго Правленія.
1913.

1

24 кз

Печатано по опредѣленію Совѣта Демидовскаго Юридическаго Лицея.
Директоръ Лицея *В. Щегловъ*.

ГОСУДАРСТВЕННАЯ ПУБЛИЧНАЯ ИСТОРИЧЕСКАЯ БИБЛИОТЕКА
82/353 M

ПРЕДИСЛОВІЕ.

По вопросу о наймѣ труда въ настоящее время наука гражданскаго права и законодательства стоятъ на поворотномъ пунктѣ. Правовая жизнь со времени рецепціи римскаго права въ этой области протекала по двумъ смежнымъ русламъ, нигдѣ почти не соприкасавшимся. Романистическая юриспруденція исходила отъ представленія объ оборотной сдѣлкѣ, объ обмѣнѣ одной цѣнности пользованія услугами—на другую, на деньги. Только отношенія непосредственно проистекавшія изъ найма, какъ оборотной сдѣлки, составляли предметъ гражданскаго права.

Рядомъ съ такимъ представленіемъ о наймѣ мы въ хозяйственной жизни прошлаго и настоящаго времени встрѣчаемъ многочисленныя формы пользованія чужимъ трудомъ, сопряженныя съ временнымъ подчиненіемъ личности работника волѣ и власти нанимателя, съ поглощеніемъ рабочей силы нанявшагося тою соціальною единицею — хозяйствомъ, предпріятіемъ и проч., — во главѣ которой стоитъ наниматель. Работникъ тутъ не обѣщаетъ конкретно опредѣленной услуги, а дѣятельность, сообразуемую съ будущими указаніями нанимателя или съ задачами и нуждами обслуживаемаго хозяйства и предпріятія. Мы называемъ такія сдѣлки «трудовыми договорами».

Юристы до послѣдняго времени не видѣли въ подчиненіи личности работника волѣ или цѣлямъ работодателя специфической особенности опредѣленной категоріи или опредѣленнаго типа трудовыхъ сдѣлокъ. Этому по-

слѣдствію договора или вовсе не придавалось юридическаго значенія или-же оно считалось лежавшимъ внѣ предѣловъ обязательственнаго права. Власть надъ чужою личностью, хотя бы она и устанавливалась договоромъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда она вообще признавалась правовымъ, а не чисто соціальнымъ явленіемъ, регулировалась нормами то семейственнаго, то публичнаго права. Отдѣльные-же виды трудовыхъ отношеній, сопряженныхъ съ временнымъ подчиненіемъ личности работника, составляли предметъ спеціальныхъ узаконеній.

Съ середины XIX вѣка вслѣдствіе быстраго развитія промышленности и измѣненія соціальныхъ и политическихъ условій въ большинствѣ западныхъ государствъ значеніе трудовыхъ отношеній второго типа быстро возрастаетъ. Но это отразилось только на ростѣ спеціальнаго законодательства; постановленія же гражданскихъ кодексовъ о наймѣ труда въ теченіе всего XIX вѣка оставались безъ измѣненія.

Такое положеніе вещей въ настоящее время никого не удовлетворяетъ. Правосознаніе современнаго общества не мирится дольше съ безразличнымъ отношеніемъ гражданскихъ законовъ къ преобладающему въ жизни типу трудового отношенія, служащему правовымъ основаніемъ матеріальнаго существованія значительной части населенія. Силою вещей передъ наукою и законодательствомъ поставлена задача согласовать ученія и законодательныя нормы о наймѣ труда съ истинною природою договора, устанавливающаго не столько обыкновенное обязательственное отношеніе, сколько временную власть надъ чужою личностью.

Посильной разработкѣ этой проблемы посвящено наше изслѣдованіе. Но, приступивъ къ ней мы съ первыхъ же шаговъ встрѣтились съ серьезными затрудненіями. Прежде всего ни въ законѣ, ни въ наукѣ нѣтъ общей категоріи

договоровъ о трудѣ, на фонѣ которой можно было-бы оттѣнить специфическія особенности указаннаго договора, какъ самостоятельнаго правового института. Не существуетъ, далѣе, ни общепризнаннаго понятія о трудовомъ договорѣ, ни точно формулированныхъ юридическихъ принциповъ, на которыхъ построено трудовое отношеніе. Даже самое существованіе этого договора, какъ отдѣльнаго типа, отличнаго отъ найма услугъ, не можетъ считаться общепризнаннымъ, а еще должно быть доказано путемъ анализа фактовъ хозяйственной жизни и новѣйшаго гражданскаго законодательства.

Мы скоро убѣдились, что задача, которую мы себѣ поставили—изученіе гражданскоправовыхъ особенностей договора, превращающаго на время рабочую силу нанявшагося въ орудіе чужой дѣятельности—невыполнима на почвѣ господствующаго ученія о наймѣ труда и господствующей классификаціи трудовыхъ сдѣлокъ. Если не ограничиться формально-логическими построеніями, безотносительно къ тому, соотвѣтствуютъ-ли онѣ реальнымъ явленіямъ жизни или нѣтъ, необходимо, прежде чѣмъ приступить къ анализу и формулировкѣ отдѣльныхъ правовыхъ началъ, касающихся трудового договора, выяснить особенности договоровъ о трудѣ вообще, какъ юридической категоріи, и опредѣлить то мѣсто, которое занимаетъ среди нихъ изучаемый нами договоръ. Мы постараемся доказать, что въ современномъ хозяйственномъ быту ему принадлежитъ среди этихъ договоровъ первенствующая роль и значеніе самостоятельнаго правового типа, отличительныя свойства котораго властно предопредѣляютъ отношеніе къ нему гражданскаго права. Въ экономической литературѣ это уже давно признается и, какъ мы увидимъ, дѣлались попытки,—правда неудачныя,—опредѣлить его юридическую сущность.

Расхожденіе принятыхъ въ цивилистической наукѣ и въ гражданскихъ законахъ понятій и построеній съ преобладающими въ современномъ оборотѣ формами пользованія чужимъ трудомъ, конечно, не можетъ быть случайнымъ явленіемъ. Для критической оцѣнки первыхъ необходимо раскрыть корни этого разлада, прослѣдить его причины въ исторіи права и провѣрить ихъ дѣйствительность и значеніе для современной жизни. Къ сожалѣнію, мы и тутъ не могли ограничиться ссылкою на спеціальную литературу и воспроизведеніемъ выводовъ, добытыхъ историками права, такъ какъ систематическая исторія найма труда до сихъ поръ не написана. Мы вынуждены были попытаться собственными силами собрать и освѣтить данныя, свидѣтельствующія о томъ, что условія, въ которыхъ сложились романистическое ученіе о наймѣ труда, какъ мѣновой цѣнности, и воззрѣніе, что личная связанность работника составляетъ для гражданскаго права иррелевантное обстоятельство, давно исчезли. Исчезли также основанія, по которымъ въ средніе и слѣдующіе вѣка договоры, устанавливавшіе хозяйскую власть надъ нанявшимся и хозяйскія обязанности по отношенію къ его личности, не получали доступа въ охраняемую романистическою юриспруденціею крѣпость гражданскаго права, а составляли предметъ отчасти мѣстнаго («германскаго»), отчасти публичнаго права.

Трудовой договоръ, пустившій глубокіе корни въ хозяйскомъ быту, не смотря на непризнаніе его цивилистической наукою, съ начала XX вѣка начинаетъ вытѣснять изъ гражданскихъ законовъ построенный на мысли о возмездномъ пользованіи чужими благами личный наемъ и отдѣляться отъ возмезднаго обѣщанія отдѣльныхъ услугъ (порученій). Мы въ послѣдней главѣ даемъ возможно полный обзоръ его завоевательнаго шествія и имъ заканчиваемъ первую часть нашего изслѣдованія.

Такъ какъ она преслѣдуетъ самостоятельную цѣль, мы рѣшаемся выпустить ее до окончанія второй части, въ которую войдетъ ученіе о заключеніи, предметѣ, содержаніи и прекращеніи трудового договора. Юридическіе вопросы, возникающіе въ связи съ наймомъ труда, въ послѣднее время, возбуждаютъ усиленный интересъ и пользуются особымъ вниманіемъ западныхъ цивилистовъ. У насъ они почти не затронуты, но врядъ-ли можно сомнѣваться, что интересъ къ нимъ возростетъ въ связи съ предстоящимъ обсужденіемъ проекта гражданскаго уложенія. По крайней мѣрѣ опытъ другихъ государствъ убѣждаетъ насъ, что при пересмотрѣ гражданскихъ законовъ договоръ найма труда привлекаетъ къ себѣ исключительное вниманіе и что дѣйствующее право тутъ подвергается особенно интенсивной ломкѣ. Будемъ надѣяться, что и у насъ огромное значеніе задачъ, которыя современная культура и современное хозяйство ставятъ гражданскому законодательству въ области трудовыхъ отношеній, будетъ понято и оцѣнено по достоинству. Если собранные нами матеріалы, наши выводы, быть можетъ наши ошибки, окажутся полезными для изслѣдователя и законодателя при разрѣшеніи этихъ задачъ, мы сочтемъ цѣль, какую мы себѣ поставили, достигнутою.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Введеніе . . . . . 1—5

Консерватизмъ гражданскаго права и его вліяніе на постановку договора о трудѣ.

Глава I: Договоръ о трудѣ, какъ самостоятельная категорія . . . . . 6—53

Ученіе о возмездномъ пользованіи, какъ объединяющемъ признакѣ найма труда и вещей (6). Группировка договоровъ по ихъ предмету (9). Значеніе термина «пользованіе» въ широкомъ (бытовомъ) смыслѣ (13) и въ тѣсномъ (юридико-техническомъ) (17). Его непригодность для юридической квалификаціи договоровъ о трудѣ (21). Кругъ сдѣлокъ, входящихъ въ категорію договоровъ о трудѣ (24). Значеніе для науки и законодательства ихъ обособленія въ самостоятельную категорію (34). Терминъ «договоры о трудѣ» не родовое понятіе, а собирательное имя (42).

Глава II: Основные типы договоровъ о трудѣ 54—150

Законные и нерегулированные типы (54). Экономическая литература о природѣ и классификаціи трудовыхъ отношеній (56). Трудъ, какъ товаръ и предметъ купли-продажи (58). Трудовое отношеніе, какъ товарищество (66) и какъ организація субъекта хозяйства (68). Примѣнимость этихъ конструкцій къ ограниченному кругу трудовыхъ сдѣлокъ (70). Критеріи для ихъ отграниченія отъ прочихъ договоровъ о трудѣ: область спеціальнаго законодательства (71), экономическая зависимость

нанявшагося (74), его несамостоятельность въ частно-хозяйственномъ (Лифманъ) или народнохозяйственномъ (Розинъ) смыслѣ (75), временное предоставленіе рабочей силы, сопряженное съ подчиненіемъ работника хозяйской власти (80). Договоры о служебномъ и предпринимательскомъ трудѣ (84). Расплывчатость границы между ними (85). Схематическій обзоръ правовыхъ особенностей трудового договора (86). Невозможность подведенія послѣдняго подъ какой-нибудь изъ закопныхъ договорныхъ типовъ (90).

Отношеніе положительнаго права къ нерегулированнымъ договорамъ (94). Юридическая сила неформальныхъ соглашеній въ римскомъ и современномъ правѣ (95). Теорія логической законченности положительнаго права (106) и молчаливаго подчиненія (108). Восполненіе положительнаго права посредствомъ судейскаго правотворчества (112). Теоріи Петражицкаго и Штамлера (118). Ученіе о такъ наз. смѣшанныхъ договорахъ (125). Выводы (140): принципы законопослушанія (142), цѣлесообразности (145) и наибольшаго соотвѣтствія культурному идеалу (147).

Глава III: Историческія основанія трудового договора . . . . . 150—310

Наемъ труда свободныхъ лицъ въ римскомъ правѣ (151). Продажа подвластныхъ in mancipium (153). Договоры locatio conductio operarum и operis у бытописателей (157). Экономическая природа рабскаго труда и отношеніе къ нему гражданскаго права (165). Дифференцированіе раба и его труда (operae servi), какъ объектовъ оборота (169). Содержаніе и характеръ operae (173). Op. officiales и fabriles (179). Operae какъ предметъ договора между свободными лицами (182). Artes liberales (183). Locatio con-

ductio operarum и operis (191). Предѣлы найма труда свободныхъ лицъ (199). Отношеніе римскаго права къ хозяйской власти (206). Отсутствіе рѣзкой грани между свободнымъ и несвободнымъ состояніемъ въ послѣдній періодъ римской исторіи (213). Колонатъ (214).

Исторія найма труда въ средніе вѣка. Ранній періодъ (224). Правовое положеніе невольниковъ (227). Переходъ свободныхъ лицъ въ несвободное состояніе и улучшеніе правового положенія несвободныхъ и зависимыхъ лицъ (231). Соціальное разслоеніе послѣднихъ (235). Правовыя формы поступленія свободныхъ лицъ на службу (237). Соглашеніе, какъ основаніе для возникновенія мундіума (242). Юридическая природа коммендаціи (244). Постепенное упрощеніе правовыхъ формъ и усиленіе элемента соглашенія (248). Двойственность правового положенія слугъ въ позднѣйшій періодъ (Gesindevertrag) (251). Борьба началъ свободнаго соглашенія и хозяйской власти (253). Паденіе хозяйскаго авторитета и его поддержка со стороны государства (266). Отношеніе романистической юриспруденціи 16 и 17 вѣковъ къ найму труда (270).

Исторія найма труда по русскому праву (282). Закупничество (283). Закладничество (289). Служилая кабала (290). Жилая или житейская запись (296). Наемъ отдѣльныхъ услугъ безъ установленія служебнаго отношенія (298). Наемъ труда по Уложенію 1649 г. (301) и послѣдующимъ узаконеніямъ (305). Итоги историческаго очерка (306).

Глава IV: Положеніе трудоваго договора въ современномъ правѣ. . . . . 311—422

Неблагопріятныя для законодательной нормировки найма труда условія и теченія въ эпоху составленія дѣйствующихъ кодексовъ (311).

Вліяніе естественнаго права на прусское уложеніе 1794 г. (314) и на австрійское общегражданское уложеніе 1811 г. (320). Вліяніе политическихъ условій (322). Индивидуализмъ кодекса Наполеона (328). Отсутствіе нормъ о наймѣ труда и его причины (333). Остальныя законодательства 19 вѣка (336). Историческій характеръ постановленій о личномъ наймѣ въ нашемъ Сводѣ (338). Три группы постановленій (340): санкція хозяйской власти (342), наемъ опредѣленныхъ работъ и общія положенія (343). Сводъ узаконеній губ. Прибалт. (345). Отношеніе судебной практики и литературы 19 вѣка (348). Первое упоминаніе о трудовомъ договорѣ въ законѣ (352). Законодательное движеніе въ сторону реформы найма труда (353). Обобщеніе гражданскоправовыхъ нормъ, содержащихся въ спеціальныхъ законахъ; бельгійскій законъ 10 марта 1900 г. (355), французскій и другіе законопроекты (360). Введеніе нормъ о трудовомъ договорѣ въ общегражданскіе законы: швейцарскій законъ 1881 г. и литература (360), германское гражд. улож. 1896 г. (363), голландская новелла 1907 г. (369), новое швейцарское уложеніе 1912 г. (376), венгерскій (382) и австрійскій (383) законопроекты, проектъ русскаго гражданскаго уложенія (387).

Попытки новой классификаціи договоровъ о трудѣ въ цивилистической литературѣ XX-го вѣка (399). Критическая оцѣнка теорій Лотмара (400), Рюмелина (408), Левенфельда (415) и Гесса (416). Заключеніе (419).

ВВЕДЕНІЕ.

Правовыя формы, въ которыхъ совершается гражданскій оборотъ, отличаются необычайною устойчивостью. Перевороты, коренным образомъ мѣняющіе укладъ государственной и общественной жизни, сравнительно мало и медленно затрагиваютъ область гражданскаго права. Исторически сложившіеся типы гражданскоправовыхъ институтовъ и юридическія понятія въ теченіе многихъ вѣковъ остаются неизмѣнными. Гражданскіе кодексы, изданные при однихъ экономическихъ, соціальныхъ и политическихъ условіяхъ, потомъ при помощи научнаго и судебнаго толкованія приспособляются къ совершенно другому строю жизни и нерѣдко продолжаютъ дѣйствовать на пространствѣ столѣтія и больше, подвергаясь лишь незначительнымъ измѣненіямъ и дополненіямъ. Въ исторіи гражданскаго права очень рѣдко наблюдаются рѣзкіе скачки и крутые перевороты [1]). Всякія измѣненія и новшества, идущія въ разрѣзъ съ установившимися привычками, болѣзненно ощущаются въ оборотѣ, всякая реформа, независимо отъ ея цѣлесообразности, на первыхъ порахъ обыкновенно наталкивается на инстинктивное стремленіе сохранить, пока еще есть малѣйшая возможность, испытанныя формы жизни, усвоенныя правовыя представлнія и воззрѣнія [2]). Причину этого явленія нельзя

[1]) Ср. Д. Д. Гриммъ въ Журн. Мин. Юст. за 1907 г. кн. 8: Къ вопросу о соотношеніи институтовъ гражданскаго права съ хозяйственнымъ бытомъ народа.

[2]) См. разсужденія прусскаго короля Фридриха II (Oeuvres, t. IX, стр. 11 и сл.) объ опасности замѣны законовъ, съ которыми люди, какъ animaux de coutume, свыклись, другими хотя бы лучшими законами.

видѣть только въ томъ, что съ существующимъ правовымъ укладомъ связаны многочисленные интересы. Право каждаго народа составляетъ въ значительной мѣрѣ продуктъ и неотдѣлимую часть его культуры [1]), которая не можетъ быстро и рѣзко мѣняться даже при самыхъ благопріятныхъ обстоятельствахъ. Правовая культура при нормальныхъ условіяхъ ростетъ съ тою-же постепенностью, какъ остальныя стороны народной жизни и въ тѣснѣйшей зависимости отъ нихъ.

Естественный консерватизмъ гражданскаго права не можетъ не отразиться на характерѣ и широтѣ творчества посвященной ему науки. «Посредничать между потребностями настоящаго и традиціями прошлаго, удовлетворять первымъ, не порывая по формѣ и содержанію съ преданіями старины, дисциплинировать оборотъ, направить правообразовательныя силы по привычнымъ путямъ,—вотъ въ чемъ въ теченіе столѣтій въ Римѣ заключалось призваніе юридическаго искусства». Эти слова Іеринга [2]) вполнѣ примѣнимы также къ современному «юридическому искусству». Однако органическая связь гражданскаго права съ народною культурою въ тоже время ставитъ цивилистической наукѣ важную и высокую задачу указывать въ изучаемой ею сферѣ народной жизни путь, ведущій къ осуществленію культурнаго идеала, содѣйствовать тому, чтобы правовая культура не только не отставала отъ общей, но держалась на высшемъ уровнѣ, доступномъ для даннаго народа. Тѣмъ самымъ опредѣляется предѣлъ разумнаго консерватизма въ гражданскомъ правѣ. Наука и законодательство не должны сохранять правовыхъ пережитковъ, не соот-

---

[1]) Ср. Kohler: Das Recht als Kulturerscheinung 1887 г. (русскій пер. А. Э. Вормса 1896 г.).

[2]) Ihering: Geist des röm. Rechts I стр. 340.

вѣтствующихъ измѣнившимся воззрѣніямъ и потребностямъ оборота и безъ пользы для общества и государства затрудняющихъ ростъ матеріальной и духовной культуры. Въ упорномъ отстаиваніи правовыхъ формъ и институтовъ, утратившихъ реальное содержаніе и реальный смыслъ, отнюдь не проявляется разумный консерватизмъ, а только неспособность или нежеланіе считаться съ происшедшими перемѣнами въ правосознаніи общества.

Немногія есть области гражданскаго оборота, гдѣ эти перемѣны болѣе глубоки, гдѣ соціальныя условія и правовыя воззрѣнія современнаго общества и государства въ большей степени отличаются отъ условій и воззрѣній античнаго міра, среднихъ вѣковъ и даже недавняго прошлаго, чѣмъ въ области договоровъ о трудѣ.

Коренным образомъ измѣнились роль труда въ народномъ хозяйствѣ, его значеніе, какъ источникъ частнохозяйственныхъ доходовъ, его соціальная оцѣнка, формы пользованія трудомъ, природа отношеній, изъ него вытекающихъ,—словомъ все, чѣмъ должно опредѣляться отношеніе законодательства къ этимъ договорамъ.

Современное общество не только отвергаетъ несвободный трудъ во всѣхъ его видахъ и формахъ, оно проявляетъ совершенно несвойственную прежнимъ эпохамъ чуткость къ вопросу, въ какой мѣрѣ договоромъ о трудѣ захватывается и стѣсняется личность работника, какъ далеко простирается власть надъ нею работодателя. Оно ждетъ отъ законодателя бдительнаго охраненія грани между человѣкомъ и вещью, какъ объектами гражданскихъ правъ. Не удовлетворяясь провозглашеніемъ договорной свободы и формальнаго равенства всѣхъ передъ закономъ, современное общество требуетъ законодательныхъ гарантій, обезпечивающихъ экономически зависимымъ и безсильнымъ членамъ общества *фактическую* возможность участвовать въ опредѣленіи условій дого-

вора и въ осуществленіи вытекающихъ изъ него правъ [1]). Въ законодательства всѣхъ культурныхъ государствъ уже проникло убѣжденіе, что обѣщаніе человѣческой дѣятельности практически очень часто означаетъ подчиненіе на время рабочей силы и неразрывно связанной съ нею личности работника чужой волѣ и власти [2]), и что равнодушное отношеніе къ этому обстоятельству не соотвѣтствуетъ ни интересамъ государства, ни требованіямъ морали.

Однако, несмотря на совершившійся переворотъ въ воззрѣніяхъ на задачи государства и законодательства въ области договоровъ о трудѣ, эти договоры до послѣдняго времени ни въ наукѣ гражданскаго права, ни въ законодательствѣ не отдѣлялись отъ прочихъ имущественныхъ сдѣлокъ. Они до сихъ поръ въ системѣ гражданскаго права не образуютъ самостоятельной категоріи и въ наукѣ не разсматриваются и не изучаются, какъ отдѣльная группа. Для подчиненія работника хозяйской власти, чрезвычайно часто связаннаго съ обѣщаніемъ работы,

[1]) Ср. Ludw. Stein, Die soziale Frage im Lichte der Philosophie 38 лекція (2 изд. 1905 г., есть русс. перев.).

[2]) Нерѣдко «отношеніе власти» (Gewaltverhältnis) противопоставляется правовому отношенію (Rechtsverhältnis), какъ нѣчто отличное отъ него. Напр. Флешъ въ Soziale Praxis Jahrg. XIX, № 2; Sp. 31 такъ формулируетъ задачу реформы законодательства о трудѣ: «Die Verwandlung des Arteitsverhältnisses aus einem Machtverhältnis in ein Rechtsverhältnis herbeizuführen». Ср. также объясненія А. Э. Вормса по поводу доклада П. П. Астрова въ Московскомъ Юридическомъ Обществѣ (Вопросы Права за 1911 годъ, кн. V, стр. 199 сл.) и Bierling Zur Kritik des juristischen Grundbegriffe (1877) стр. 46 и сл. Между тѣмъ отношеніе личной подчиненности или власти надъ чужою личностью, насколько оно санкціонируется положительнымъ правомъ или ему не противорѣчитъ, и въ настоящее время можетъ быть содержаніемъ обязательства и субъективнаго права. Вопросъ только въ томъ, въ какихъ предѣлахъ это допустимо по современнымъ правовоззрѣніямъ. Ср. Windscheid, Pandekten, Bd. I, § 39: Bei höherer Steigerung der Willensmacht spricht man von einem Gewaltsrechte, Kohler y Holtzendorf Encykl. der Rechtsw. 6 изд., I, стр. 570. Ниже мы подробно остановимся на этомъ вопросѣ.

въ дѣйствующихъ кодексахъ нельзя найти ни подходящей правовой формы, ни соотвѣтствующихъ правовыхъ положеній. Разрозненные виды трудовыхъ сдѣлокъ въ законѣ и въ учебникахъ присоединяются то къ одной, то къ другой группѣ, имущественныхъ договоровъ въ силу какого нибудь,—подчасъ совершенно не характернаго,—общаго съ ними признака.

Хозяйственная жизнь особенно во второй половинѣ XIX вѣка очень мало считалась съ такою систематизаціею, обезличивающею договоры о трудѣ и затуманивающею именно тѣ моменты въ ихъ составѣ, которыми въ дѣйствительности наиболѣе часто опредѣляются юридическая сущность и правовыя послѣдствія трудовыхъ отношеній. Обѣщаніе труда, соединенное съ предоставленіемъ рабочей силы, въ жизни рѣзко обособляется отъ остальныхъ договоровъ о трудѣ. Правовое чувство современнаго общества не можетъ удовлетвориться отнесеніемъ къ мѣновымъ имущественнымъ сдѣлкамъ того трудового договора, коимъ на время личная жизнь работника и его хозяйственное самоопредѣленіе въ значительной мѣрѣ поглощаются чужою сферою интересовъ. Какъ мы увидимъ, въ цѣломъ рядѣ государствъ намѣчены и отчасти уже осуществлены коренныя реформы законодательства о наймѣ труда съ цѣлью его согласованія съ измѣнившимися условіями хозяйственной жизни и правовыми воззрѣніями. Нѣтъ сомнѣнія, что и для науки гражданскаго права настало время провѣрить, соотвѣтствуютъ-ли исторически сложившіяся понятія и правовыя положенія въ этой области требованіямъ хозяйственнаго быта и правосознанію общества, стоятъ-ли они на уровнѣ современной культуры, укладываются-ли въ нихъ явленія реальной жизни.

ГЛАВА I.

Договоры о трудѣ, какъ самостоятельная категорія.

Договоры о трудѣ въ римскомъ правѣ не составляли ни единаго, ни отдѣльнаго договорнаго типа. Обѣщаніе работы за денежное вознагражденіе объединялось съ наймомъ вещей въ договоръ locatio conductio, безмездное исполненіе порученій составляло предметъ мандата, исполненіе услугъ въ обмѣнъ на вещь или услугу принадлежало, насколько оно вообще порождало юридическія отношенія, къ безымяннымъ контрактамъ facio ut des и facio ut facias. Древнее право не могло отчетливо проводить границу между наймомъ вещей и работы, такъ какъ эта граница не проводилась въ жизни. Пока рабы, наравнѣ съ неодушевленными предметами и животными, составляли предметъ оборота и видъ капитала, пользованіе ими только могло происходить въ тѣхъ же формахъ, какъ пользованіе чужою вещью.

Правовыя воззрѣнія римлянъ, сложившіяся въ условіяхъ рабскаго хозяйства, оказались значительно болѣе живучими, чѣмъ создавшія ихъ соціальныя и экономическія условія. Не только большая часть пандектистовъ [1]), даже нѣкоторыя законодательства [2]) до настоящаго вре-

---

[1]) См. напр. Weiske Rechtslexicon Bd. VII, S. 807, Windscheid II, § 399: «Die Miete ist gerichtet ...auf den Gebrauch einer Sache oder den Gebrauch einer Arbeitskraft». Dernburg Pand. § 110: «Die Mietsverträge stellen uns Sachen oder Arbeitskräfte... zu Diensten. Es giebt drei Hauptarten»...

[2]) Напр. Cod. civ. art. 1708 и сл., Cod. ital. art. 1528 сл., Турецкое граж. улож. (Nicolaides, Appendice à la législation Ottomane, t. VII, стр. 421 сл. и др.

мени формально продолжаютъ смотрѣть на возмездное пользованіе трудомъ и вещами, какъ на разновидности одного общаго понятія (Miete, louage, locazione). Они также, какъ римское право, не подводятъ подъ него всѣхъ договоровъ, коими обѣщается работа и вознагражденіе, а только личный наемъ, подрядъ, иногда перевозку. Другіе ученые, отстаивая пригодность общаго понятія «договора о возмездномъ пользованіи» для современнаго права, значительно расширяютъ его рамки по сравненію съ римскимъ правомъ. Такъ напр. Шольмейеръ [1]) объединяетъ подъ заглавіемъ Gebrauchsüberlassungsverträge (договоры о предоставленіи пользованія) наемъ вещей, наемъ услугъ, подрядъ, реальные контракты и договоръ порученія. Общій имъ всѣмъ отличительный признакъ онъ усматриваетъ «въ пользованіи чужими вещами или чужою рабочею силою».

Въ нашей литературѣ объединеніе договора о трудѣ съ наймомъ вещей въ общее понятіе возмезднаго пользованія защищается проф. Гуляевымъ [2]). По его мнѣнію объектъ пользованія съ точки зрѣнія права совершенно безразличенъ и не оказываетъ никакого вліянія на природу договора. Поэтому «возможно изученіе контракта (locatio conductio) въ общихъ его чертахъ, независимо отъ экономическаго характера отдѣльныхъ объектовъ. Положенія, добытыя путемъ такого абстрактнаго изученія, будутъ общими для всѣхъ возможныхъ видовъ договора о возмездномъ пользованіи» (стр. 5). Проф. Гуляевъ своимъ изслѣдованіемъ однако не доказалъ, что эти общія положенія одинаково пригодны для найма вещей и труда. Экономическія особенности объекта

---

[1]) Schollmeyer: Das Recht des einzelnen Schuldverh. im BGB. Berlin, 1907.

[2]) Гуляевъ. Наемъ услугъ. Юрьевъ, 1893 г.

договора, правда, по общему правилу не имѣютъ рѣшающаго значенія для его юридической природы. Но въ дѣйствительной жизни обѣщаніе работы и обѣщаніе предоставленія вещи въ пользованіе порождаютъ совершенно неодинаковыя правоотношенія, имѣющія между собою весьма мало общаго. При такихъ обстоятельстахъ подведеніе ихъ подъ одну категорію и одно юридическое понятіе практически безплодно и представляетъ лишь историческій пережитокъ и ничѣмъ не оправдываемое доктринерство.

Судебная практика и законодательное движеніе въ области договоровъ о трудѣ за послѣднее десятилѣтіе и отчасти уже въ XIX вѣкѣ также не шли по пути, предуказанному проф. Гуляевымъ. Ссылки на аналогію между пользованіемъ вещью и трудомъ въ судебной практикѣ давно уже не встрѣчаются даже тамъ, гдѣ система кодекса благопріятствуетъ такой аналогіи. Въ законахъ и законопроектахъ послѣдняго времени наемъ труда также обособляется отъ найма имущества и проявляется усиленное вниманіе къ особенностямъ трудового отношенія, связаннымъ именно съ экономическими свойствами труда, какъ предмета оборота.

Въ концѣ своего изслѣдованія (стр. 246) проф. Гуляевъ впрочемъ указываетъ, что «современныя законодательства дѣлаютъ сознательныя отступленія отъ римскаго права, руководствуясь соображеніями соціально-политическими, обусловливаемыми особенностями современнаго экономическаго быта; но римское право и въ этихъ случаяхъ, какъ ratio scripta, сохраняетъ свое значеніе, оставаясь неизмѣннымъ масштабомъ для всѣхъ возможныхъ отступленій, вызываемыхъ новыми требованіями жизни». Мы очень далеки отъ мысли отрицать великое значеніе римскаго права, какъ памятника правовой культуры, но мы не раздѣляемъ вѣры въ него, какъ ratio scripta и

какъ неизмѣнный масштабъ для достоинства нормъ права. Такимъ масштабомъ, на нашъ взглядъ, можетъ служить только соотвѣтствіе этихъ нормъ требованіямъ современной жизни и культурнымъ идеаламъ современнаго общества.

Противъ возможности объединенія договоровъ въ отдѣльную юридическую категорію на томъ только основаніи, что ихъ объектомъ является трудъ, высказывается также французскій юристъ Планіоль [1]). Критикуя весьма распространенные въ французской литературѣ термины «contrat de travail», «contrat de salaire», онъ говоритъ, что съ такимъ-же основаніемъ можно было-бы употреблять выраженія «договоръ о квартирѣ или договоръ о домѣ» (contrat de loyer, de maison). Предметъ договора, какими бы онъ особенностями ни отличался, не можетъ служить для характеристики договора. «На научное значеніе можетъ претендовать только одно выраженіе: *наемъ* труда (louage de travail). Предметомъ найма въ этомъ случаѣ является присущая каждому человѣку рабочая сила, которая можетъ быть использована другими людьми, также какъ сила машины или лошади. Она можетъ *отдаваться въ наймы* (être mise en location). А это имѣетъ мѣсто какъ при наймѣ труда, когда *вознагражденіе уплачивается соразмѣрно времени*, такъ и при наймѣ вещей» (курсивъ Планіоля). Изъ приведенныхъ словъ явствуетъ, что Планіоль подводитъ подъ понятіе louage вмѣстѣ съ наймомъ вещей не всѣ договоры о трудѣ, а только личный наемъ съ вознагражденіемъ по времени.

Нельзя не согласиться, что на различіи предметовъ обязательствъ не можетъ быть построена сколько-нибудь удовлетворительная систематизація гражданскоправовыхъ

---

[1]) Planiol: Traité élém. de droit civil t. II § 1826 сл.; см. также Grande Encyclopédie t. XXII s. v. louage.

договоровъ. Мы этого и не утверждаемъ и вообще не видимъ надобности въ установленіи единаго критерія для ихъ классификаціи. Но ничто рѣшительно не говоритъ противъ *возможности* объединенія въ одну группу сдѣлокъ, имѣющихъ одинъ и тотъ же объектъ, когда это представляется цѣлесообразнымъ. Вѣдь, безспорно, наиболѣе совершенною будетъ та система, при которой сдѣлки, имѣющія одинаковую юридическую природу, подчинены однимъ и тѣмъ-же нормамъ, а сдѣлки, различныя по своей природѣ, подвержены различнымъ правовымъ положеніямъ. Подведенію подъ общія нормы слѣдовательно подлежатъ договоры, въ составѣ которыхъ сходны тѣ элементы, коими дѣйствительно опредѣляется ихъ юридическая природа. Насколько такимъ квалифицирующимъ моментомъ является обѣщаніе пользованія и вознагражденія за него, ничего нельзя возразить противъ сближенія и объединенія въ одну категорію всѣхъ договоровъ о возмездномъ пользованіи. Но если, какъ мы утверждаемъ и надѣемся доказать, важнѣйшія правовыя послѣдствія и наиболѣе характерныя свойства всѣхъ или по крайней мѣрѣ наиболѣе распространенныхъ въ жизни договоровъ о трудѣ связаны не съ этими моментами, а съ особенностями ихъ объекта, —человѣческаго труда,—мы не видимъ достаточныхъ основаній a priori отвергнуть научное и практическое значеніе термина «договоры о трудѣ» для обозначенія особой категоріи сдѣлокъ, коими обѣщается человѣческій трудъ, и присоединить ихъ къ договорамъ о возмездномъ пользованіи имуществомъ.

Особенность труда, какъ предмета гражданскаго оборота, заключается въ его неотдѣлимости отъ личности работника. Не всегда, конечно, обѣщающій работу исполняетъ ее лично, но всякій договоръ о трудѣ имѣетъ въ виду фактическую трату человѣческой энергіи, проявленіе рабочей силы, неразрывно связанной съ человѣческою

личностью, частичное или полное поглощеніе послѣдней цѣлями другихъ лицъ. Что человѣческая личность, какъ таковая, по воззрѣніямъ современныхъ культурныхъ народовъ не можетъ быть предметомъ имущественныхъ сдѣлокъ, что она по своему этическому и соціальному значенію не должна быть поставлена на одинъ уровень съ имущественными благами, это едва-ли нуждается въ доказательствахъ. «Насколько, говоритъ Лотмаръ [1]), по господствующей въ настоящее время теоріи права и нравственности человѣкъ ближе къ человѣку и въ его глазахъ стоитъ выше, чѣмъ вещь, связанная съ работою отдача личности (Hingabe der Person) должна цѣниться выше, чѣмъ предоставленіе вещи. Пусть исполненіе данной работы имѣетъ экономически меньшую цѣнность, чѣмъ данная вещь, потому что оно меньше прибавляетъ къ имуществу, но по роду своему (gattungsmässig) трата силъ со стороны работника должна ставиться выше, чѣмъ трата имущества со стороны продавца или наймодателя».

Въ фактическій составъ всякаго возмезднаго договора о трудѣ входятъ три элемента: обѣщаніе дѣятельности, обѣщаніе вознагражденія и взаимность этихъ двухъ обязательствъ. Послѣдніе два элемента не могутъ служить квалифицирующими признаками для опредѣленной договорной категоріи. Синаллагма--общее свойство всѣхъ договоровъ, въ которыхъ одна сторона обѣщаетъ или совершаетъ извѣстныя дѣйствія въ томъ предположеніи, что и другою стороною будутъ исполнены опредѣленныя обазательства. Обѣщаніе вознагражденія также не содержитъ ничего типичнаго. Оно состоитъ обыкновенно,—а по римскому праву и нѣкоторымъ современнымъ законодательствамъ даже исключительно—въ обязательствѣ уплатить сумму денегъ. Такое

---

[1]) Lotmar: Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches. Leipzig, 1902, Bd. I, стр. 8.

обязательство встрѣчается въ цѣломъ рядѣ договоровъ и всегда влечетъ за собою одни и тѣже правовыя послѣдствія. Единственнымъ специфическимъ элементомъ въ составѣ договора о трудѣ, является обѣщаніе работы. Подъ нею подразумѣвается не трудъ вообще, а дѣятельность въ пользу контрагента, т. е. въ желательномъ ему направленіи. Представленіе объ обѣщаніи работы такимъ образомъ обнимаетъ два момента: проявленіе человѣческой дѣятельности и ея проявленіе въ извѣстномъ направленіи. Когда мы исходимъ изъ второго, мы видимъ въ обѣщаніи работы предоставленіе другому лицу извѣстныхъ выгодъ отъ чужой дѣятельности или — что тоже самое — предоставленіе пользованія чужимъ трудомъ. Когда-же мы сосредоточиваемъ свое вниманіе на первомъ моментѣ, на самой дѣятельности, обѣщаніе работы представляется намъ обязательствомъ извѣстнымъ образомъ проявлять собственную или направлять чужую рабочую силу.

Господствующее ученіе, какъ мы указывали, построено на второмъ моментѣ и отрицаетъ значеніе перваго для юридической природы договора. Характернымъ для юридической природы, если не всѣхъ, то главнѣйшихъ договоровъ о трудѣ, оно признаетъ лишь то обстоятельство, что одно лицо за вознагражденіе пріобрѣтаетъ право *пользоваться* чужими благами. Въ чемъ заключаются эти блага, это вопросъ второстепенный. Однако, практическое проведеніе этого догмата въ тѣхъ случаяхъ, когда источникомъ благъ является личность человѣка, сталкивается съ вышеуказанною особенностью труда, какъ объекта оборота. Вовлеченіе личности въ гражданскій оборотъ, превращеніе ея въ средство для чужихъ цѣлей при современномъ уровнѣ этической культуры можетъ быть санкціонировано и терпимо правопорядкомъ только въ формахъ и предѣлахъ, не противорѣчащихъ назначенію и достоинству человѣческой личности. Такого ограниченія

не существуетъ относительно пользованія вещами. Это различіе, при болѣе тщательномъ анализѣ, оказывается столь существеннымъ и глубокимъ, что возникаетъ необходимость провѣрить, выражаютъ-ли пользованіе трудомъ и пользованіе вещью одно и тоже, опредѣляется ли юридическая природа правоотношенія въ томъ и другомъ случаѣ въ одинаковой мѣрѣ тѣмъ, что въ его составъ входитъ элементъ «пользованія».

Въ законѣ и въ юридической литературѣ терминъ «пользованіе» примѣняется обыкновенно безъ объясненія его смысла. Юристы исходятъ изъ вполнѣ основательнаго предположенія, что онъ извѣстенъ и понятенъ безъ комментаріевъ. Такъ напр. юристъ Павелъ (Dig. VII, l. 1, § 1 и 7; II, l. 4 pr.), опредѣливъ ususfructus, какъ jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia, не счелъ нужнымъ пояснить значенія словъ uti frui [1]). Въ code civil собственность опредѣляется какъ droit de *jouir* et disposer des choses (art. 578) [2]). Въ нашемъ Сводѣ гражданскихъ законовъ, какъ извѣстно, также говорится о пользованіи, какъ составной части права собственности (стр. 420) и какъ отдѣльномъ правѣ (стр. 534 и сл.), о полномъ и неполномъ пользованіи

---

[1]) Римскіе юристы не придавали словамъ uti и frui значенія техническихъ терминовъ, а употребляли ихъ въ томъ широкомъ и разнообразномъ смыслѣ, какой они имѣли въ общежитіи. По Forcellini (Totius Latinitatis Lexicon) слово uti употребляется: 1) de omnibus rebus, quarum usum aliquem habemus, и 2) означаетъ consuetudinem habere, familiarem esse. Въ этихъ предѣлахъ онъ перечисляетъ 12 различныхъ оттѣнковъ, въ томъ числѣ нѣкоторые неизвѣстные новымъ языкамъ, какъ напр. uti=примѣнять (hoc jure utimur), общаться съ кѣмъ нибудь (familiariter uti) и др. О значеніи термина uti у римскихъ юристовъ см. подробнѣе Scheurl: Bemerkungen zur Lehre von den Servituten въ Ztschr. f. Geschichtswiss. Bd. XV (1850), стр. 23 сл., Bechmann, Ueber Inhalt und Umfang der Personalservitus des usus nach röm. Recht. (Nürnb. 1861), стр. 12 сл.

[2]) Ср. также Прусское Allg. L. R I, 8, § 9: zum vollen Eigentum gehört das Recht die Sache zu besitzen, zu *gebrauchen* und sich derselben zu begeben.

(стр. 536), безъ болѣе точнаго опредѣленія смысла этихъ выраженій [1]). И также поступаютъ германское [2]), швейцарское [3]) и другія гражданскія уложенія.

Такимъ образомъ слово «пользоваться» (uti, jouir, gebrauchen) часто употребляется въ законѣ не какъ спеціальный юридическій терминъ, а какъ бытовое понятіе, означающее возможность извлеченія изъ объекта тѣхъ или иныхъ выгодъ, которыя онъ способенъ доставлять по своей экономической природѣ [4]). Такая возможность входитъ въ юридическій составъ цѣлаго ряда институтовъ, можетъ быть содержаніемъ самыхъ различныхъ правъ [5]), послѣдствіемъ и цѣлью многочисленныхъ сдѣлокъ, *но она не служитъ отличительнымъ свойствомъ какой-нибудь опредѣленной категоріи правъ или правоотношеній* [6]). Поль-

---

[1]) Въ ст. 536 Св. гр. зак. указывается, что при полномъ пользованіи «содержателю» принадлежатъ «всѣ произведенія имущества и доходы съ онаго», при неполномъ—нѣкоторыя изъ нихъ. Отсюда можно заключить что подъ пользованіемъ вещью въ нашемъ законѣ разумѣется всякое держаніе («содержаніе»), сопряженное съ возможностью извлеченія изъ него выгодъ.

[2]) См. напр. ст. 100: Nutzungen sind.... Vorteile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt.

[3]) См. напр. опредѣленіе Gebrauchsleihe въ ст. 305 Закона объ обязат. отъ 30 марта 1911 г.

[4]) Ср. Шершеневичъ, Гражд. Право, 8-е изд. стр. 247.

[5]) Ср. Thon Rechtsnorm и Subjectives Recht (Weimar, 1878, гл. VI). Онъ указываетъ, что пользованіе (Genuss) охраняемыми правомъ благами не можетъ считаться содержаніемъ какого-нибудь опредѣленнаго субъективнаго права, ибо между пользованіемъ вещью со стороны собственника; узуфруктуарія, нанимателя качественно нѣтъ никакой разницы. Оно поэтому никоимъ образомъ не можетъ служить, «для характеристики того, что каждому изъ этихъ лицъ позволено» (стр. 304).

[6]) Въ литературѣ иногда дѣлаются попытки конструировать особую категорію «правъ пользованія». Такъ Affolter: Das intertemporale Recht I, стр. 152 опредѣляетъ Genussrechte какъ rechtliche Herrschaft über die Nutzungen des obligatorischen Rechtsverhältnisses (юридическое господство надъ выгодами обязательственнаго правоотношенія). Въ другомъ сочиненіи (Der Fruchtgenuss въ Fischer's Abhandlungen 21, 1 стр. 84 и сл.) тотъ-же авторъ отказывается отъ ограниченія «правъ пользованія» областью обязательственныхъ отношеній. Настаивая на существованіи Genussrechte,

зованіе въ широкомъ смыслѣ извлеченія выгодъ можетъ имѣть своимъ основаніемъ вещное, семейное, индивидуальное, исключительное право, обязательство, даже владѣніе [1]). Его объектомъ можетъ быть всякій предметъ, не изъятый изъ гражданскаго оборота, а также res usui publico destinatae. И также различны объемъ, въ которомъ пользователю можетъ принадлежать право на выгоды, способы ихъ извлеченія и самый характеръ этихъ выгодъ. Пользованіе собственника обнимаетъ въ предѣлахъ закона jus utendi et abutendi во всѣхъ возможныхъ формахъ и видахъ. Пользованіе чужимъ имуществомъ можетъ состоять въ полученіи выгодъ отъ чужой вещи, чужого права или отъ чужихъ дѣйствій, въ формѣ періодическихъ доходовъ (плодовъ) или обращенія тѣхъ или иныхъ полезныхъ свойствъ данной вещи на непосредственное удовлетвореніе потребностей управомоченнаго, съ измѣненіемъ или безъ измѣненія ея сущности (потребленіе и употребленіе). Оно можетъ сопровождаться господствомъ надъ источникомъ выгодъ, дающимъ пользователю возможность непосредственнаго ихъ извлеченія, или происходить безъ его активнаго участія, даже въ видѣ одного только устраненія другихъ лицъ отъ совершенія извѣ-

---

какъ отдѣльной категоріи субъективныхъ правъ, онъ указываетъ, что по германскому уложенію они встрѣчаются не только при ссудѣ, наймѣ, арендѣ, но также при всѣхъ видахъ вещныхъ правъ (§ 33), при общности правъ (Gemeinschaft), совладѣніи, сособственности, сонаслѣдованіи, имущественной общности между супругами, между родителями и дѣтьми. И даже этотъ длинный перечень едва-ли можно признать исчерпывающимъ; въ немъ напр. не упоминается объ авторскихъ и другихъ индивидуальныхъ правахъ, которыми также устанавливается право на извлеченіе выгодъ. Какое-же значеніе для науки и практики можетъ имѣть такое общее понятіе «Genussrecht», независимо отъ характера извлекаемыхъ выгодъ и отъ основанія и способа ихъ извлеченія? Въ такомъ общемъ смыслѣ впрочемъ о правѣ пользованія говорится иногда также въ законахъ. См. напр. ст. 545, Св. гражд. узак. губ. приб.

[1]) Для римскаго права это вытекаетъ изъ Dig. L, 16 l. 115... possessio ergo usus, ager proprietas loci est...

стнаго рода дѣйствій (исключительныя права)[1]). Словомъ— съ понятіемъ пользованія въ широкомъ смыслѣ извлеченія выгодъ мы встрѣчаемся на всемъ пространствѣ и во всѣхъ областяхъ гражданскаго права. Имъ вообще обозначается возможность обращать въ свою пользу всѣ или нѣкоторыя выгоды отъ опредѣленнаго предмета, безотносительно къ юридическому основанію этихъ дѣйствій.

Совершенно очевидно, что при такомъ значеніи слова «пользованіе», то обстоятельство, что оно является содержаніемъ даннаго права или цѣлью данной юридической сдѣлки нельзя признать достаточнымъ для юридической квалификаціи этого права или этой сдѣлки. Значеніе такого квалифицирующаго момента иногда могутъ имѣть предметъ, объемъ или способъ пользованія, но не то обстоятельство, что имъ устанавливается возможность извлеченія выгодъ. Сервитуты напр., всѣ имѣютъ своимъ содержаніемъ пользованіе чужимъ имуществомъ, но они отличаются одинъ отъ другого по предмету [2]), объему [3]) и способу [4]) его осуществленія. При договорахъ найма, ссуды и займа экономически происходитъ пользованіе: между тѣмъ это три самостоятельныхъ договорныхъ типа. Первый отличается отъ второго признакомъ возмездности и оба вмѣстѣ отъ займа тѣмъ, что у нихъ пользованіе не должно состоять въ потребленіи его объекта [5]). Въ обширномъ

---

[1]) Ср. Шершеневичъ, Учебникъ, стр. 382.

[2]) Напр. usus, habitatio, operae servorum и отдѣльные виды реальныхъ сервитутовъ.

[3]) Напр. ususfructus и usus. См. сочиненія указанныя выше стр. 13 прим. 1.

[4]) На способѣ пользованія построено дѣленіе сервитутовъ на положительные и отрицательные. Первые даютъ управомоченному право непосредственнаго воздѣйствія на обремененный предметъ, вторые право на воздержаніе (non facere) со стороны его собственника.

[5]) Ограниченіе «salva rei substantia» отнюдь не входитъ само собою ни въ римское понятіе uti, ни въ смыслъ слова «пользованіе» на современныхъ языкахъ. Поэтому въ приведенномъ выше опредѣленіи узуфрукта

смыслѣ слова при двухсторонних договорах очень часто оба контрагента «пользуются» однимъ и тѣмъ-же объектомъ, только на различныхъ основаніяхъ и разными способами [1]). Такъ напр. пользовладѣлецъ, отдавая имѣніе въ аренду, этимъ путемъ осуществляетъ свое право на доходы [2]), а арендаторъ въ свою очередь также безспорно «пользуется» имѣніемъ. При отдачѣ капитала въ ростъ кредиторъ получаетъ выгоды отъ своего капитала въ видѣ процентовъ, а должникъ въ свою очередь «пользуется» занятымъ капиталомъ, точнѣе возможностью его производительнаго употребленія для своихъ цѣлей [3]).

Мы видимъ такимъ образомъ, что обозначеніе извѣстнаго отношенія словомъ «пользованіе» намъ еще не даетъ никакого представленія ни объ основаніи, ни о содержаніи обозначаемаго права. Значеніе юридическаго термина оно пріобрѣтаетъ только тогда, когда оно употребляется въ нѣсколько болѣе узкомъ смыслѣ. Возможность извлеченія выгодъ, какъ содержаніе права, нерѣдко противопоставляется другимъ правомочіямъ, напр. возможности обладанія вещью (владѣнію), возможности ея отчужденія (праву распоряженія), отраженія чужихъ притязаній на нее (праву защиты), уничтоженія и т. д. Пока эти правомочія всѣ соединены въ одномъ лицѣ, какъ при полной собственности, такое противопоставленіе

оно особо оговаривается. Римскіе юристы впрочемъ нерѣдко примѣняли выраженіе uti къ res fungibiles. См. напр. Dig. VII, 1. 12: uti ligno; III, 6 1. 2 pecuniam utendam dare.

[1]) Въ Dig. XIII, 6 l. 5, § 15 Ульпіанъ спеціально потверждаетъ возможность совмѣстнаго пользованія (neque enim minus me uti, quod et alius uteretur), указывая при этомъ, что оно въ однихъ случаяхъ приводитъ къ коллизіи правъ, въ другихъ нѣтъ.

[2]) Dig. VII, 1, l. 12, § 2: Usufructuarius vel ipse frui ea re, vel alii fruendam concedere, vel locare, vel vendere potest; nam et qui locat, utitur, et qui vendit, utitur. Sed et si alii precario concedat, vel donet, puto eum uti, atque ideo retineri usumfructum. Ср. ib. l. 38.

[3]) Dig. III, 6 l. 2.....si gratuita pecunia utenda data sit.

ГОСУДАРСТВЕННАЯ ИСТОРИЧЕСКАЯ БИБЛИОТЕКА

практическаго значенія не имѣетъ. Но оно его пріобрѣтаетъ, какъ только то или другое правомочіе становится предметомъ отдѣльнаго (вещнаго или личнаго) права. Тогда подъ пользованіемъ подразумѣвается уже не всякое извлеченіе выгодъ изъ имущества, а только извлеченіе выгодъ изъ *чужого* имущества, безъ перехода его въ собственность пользователя (mutatio dominii) и съ сохраненіемъ не только экономической цѣнности объекта пользованія, но также его субстанціальной неприкосновенности. Другими словами пользованіе, какъ отдѣльное правомочіе, означаетъ *возможность извлеченія выгодъ безъ перехода на пользователя права на ихъ источникъ и безъ экономическаго уничтоженія этого источника* [1]).

Этимъ терминомъ опредѣляется не столько положительное содержаніе субъективнаго права, сколько отрицательный предѣлъ, установленный для извлеченія выгодъ. Въ этомъ смыслѣ онъ можетъ служить отличительнымъ признакомъ сервитутовъ въ противоположность залоговому праву, договоровъ найма, ссуды, прекарія въ противоположность договорамъ купли, мѣны, займа и т. д.

Однако не трудно убѣдиться, что и въ такомъ болѣе узкомъ смыслѣ понятіе о пользованіи мало пригодно для индивидуализированія и характеристики какого либо отдѣльнаго типа правъ или юридическихъ сдѣлокъ по той простой причинѣ, что и оно входитъ въ содержаніе всѣхъ

---

[1]) Проф. Гуляевъ въ своемъ Обзорѣ русскаго гражд. права (3-е изд., стр. 131), опредѣляетъ пользованіе по нашему закону, какъ «осуществленіе экономическаго назначенія имущества въ своихъ интересахъ безъ притязанія лица разсматривать это имущество, какъ свое». Это опредѣленіе, по мнѣнію автора, вытекаетъ изъ «сопоставленія статей закона, говорящихъ объ эксплоатаціи имуществъ, не составляющихъ предмета права собственности лица эксплоатирующаго экономическое назначеніе имущества». (Слѣдуетъ указаніе этихъ статей). Ср. также Наемъ услугъ, стр. 4, 98 и passim.

вещныхъ правъ[1]), кромѣ залога [2]) и цѣлаго ряда обязательственныхъ отношеній. Въ большемъ или меньшемъ объемѣ оно составляетъ содержаніе эмфитевзиса [3]), суперфиціеса [4]), реальныхъ повинностей [5]), вещной аренды [6]), найма вещей [7]), ссуды [8]), прекаріума [9]).

По господствующему мнѣнію римскіе юристы тѣмъ не менѣе считали возмездное пользованіе отличительнымъ признакомъ одного опредѣленнаго договорнаго типа: locatio conductio, независимо отъ того, составляли ли его предметъ чужія вещи, чужая рабочая сила или результаты чужого труда. Ниже мы попытаемся выяснить основаніе и смыслъ объединенія всѣхъ видовъ locatio conductio общимъ названіемъ и общимъ искомъ. Но, если и допустить, что въ Римѣ дѣйствительно возмездное пользованіе составляло содержаніе одного опредѣленнаго договорнаго типа, безотносительно къ предмету и способу пользованія, то отсюда вовсе не слѣдуетъ, что и въ со-

---

[1]) Ср. Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse стр. 57: Gegenstand der rechtlichen Herrschaft des Inhabers eines jus in re ist nur eben dieses unkörperliche sachliche Gut der bestimmten Brauchlichkeit der fremden Sache oder,—römisch gesprochen,—das bestimmte Gebrauchen oder Benutzendürfen der fremden Sache. Нейнеръ противопоставляетъ «полезность» (Brauchlichkeit), составляющую предметъ jura in re aliena, самой вещи, какъ объекту права собственности. Ср. стр. 108, 132.

[2]) Логически и залоговое право совмѣстимо съ правомъ пользованія, которое можетъ принадлежать залоговому кредитору на основаніи особаго соглашенія или по закону (antichresis).

[3]) Ср. Windscheid Pand II, § 219: Der Emphyteuta hat das Recht der vollständigen Nutzung des fremden Grundstückes.

[4]) Windscheid Pand II, § 223: So hat auch er (суперфціарій), wie der Emptyteuta, ein unbeschränktes Benutzungsrecht.

[5]) Ср. Cosak, Lehrb. des deutschen bürg. Rechts (5 Aufl.) II, 1 § 237.

[6]) Тамъ-же, § 238.

[7]) Ср. напр. Dig. XIX, 2 l. 35 praedium fruendum licere.

[8]) Dig. XIII, 1 l. 21 § 1, XL, 2 l. 20. Ср. ст. 3737 нѣмецкаго текста Св. Гражд. Узак. губ. прибалт. (Gebrauchsdarlehn).

[9]) Dig. XLIII, 2, 6 l. 1 pr. Precarium est quod precibus petendi *utendum* conceditur, tamdiu is qui concessit patitur.

вершенно измѣнившихся условіяхъ современной жизни это явленіе снова должно повториться. Наоборотъ, существуетъ рядъ обстоятельствъ, заставляющихъ a priori усумниться въ возможности такого повторенія.

Въ Римѣ договорные типы индивидуализировались вытекавшими изъ нихъ притязаніями (исками); въ современномъ правѣ для ихъ разграниченія пользуются совершенно иными критеріями. Соціальному и экономическому значенію [1]), связанному съ особенными свойствами объектовъ правъ [2]), тамъ далеко не удѣлялось такого вниманія, какъ въ современныхъ законодательствахъ. Наконецъ — начавшееся уже въ Римѣ дифференцированіе личнаго найма отъ подряда и обоихъ вмѣстѣ отъ найма вещей теперь совершившійся фактъ. Даже законодательства, еще придерживающіяся системы объединенія договоровъ о возмездномъ пользованіи вещами и трудомъ, уже не сливаютъ личнаго найма съ подрядомъ или съ наймомъ вещей въ одинъ договорный типъ и не связываютъ съ ними одинаковыхъ правовыхъ послѣдствій. Слѣдова-

[1]) Напр. значенію недвижимаго имущества въ отличіе отъ движимаго. Не слѣдуетъ только связывать правовыхъ различій между ними непосредственно съ естественными свойствами предметовъ, одинаковыми во всѣ времена и у всѣхъ народовъ. Эти свойства имѣютъ для права только косвенное значеніе: насколько въ данную историческую эпоху съ ними связываются тѣ или иныя соціально-экономическія послѣдствія. Римское право съ этими послѣдствіями гораздо меньше считалось, чѣмъ современное. Этимъ главнымъ образомъ объясняются глубокія различія римскаго и современнаго ипотечнаго и вообще иммобилярнаго права.

[2]) О значеніи свойствъ объекта для права пользованія въ современномъ правѣ см. Helfferich: Die Kategorien des Rechts auf geschichtlicher Grundlage (Berl. 1863) § 101: Von der natürlichen oder künstlichen Beschaffenheit des Mietobjects hängt es ab, ob der Mieter Anspruch auf den Genuss oder den blossen Gebrauch der Sache habe. In der engeren Bedeutung des Wortes wird nur zum Gebrauch oder mit bloss partiellem Genuss gemietet, gepachtet dagegen zum Genuss neben dem Gebrauche... Die Möglichkeiten bei der Miete Gebrauch und Genuss zu kombinieren, sind zahllos und zahllos deshalb auch die Bedingungen, unter welchen Mieter und Verbraucher... ein Abkommen treffen können.

тельно объединяющему ихъ признаку «пользованія» не придается ни малѣйшаго значенія. При такихъ обстоятельствахъ для перенесенія изъ римскаго права въ современное догмата объ одинаковой юридической природѣ всѣхъ видовъ locatio conductio, одного факта, что въ ихъ составъ входитъ «пользованіе» или «возмездное пользованіе», нельзя признать достаточнымъ. Изъ этого факта вообще никакихъ апріорныхъ заключеній о юридической структурѣ договора дѣлать нельзя, а необходимо доказать, что договоры о возмездномъ пользованіи трудомъ и вещами устанавливаютъ однородныя правоотношенія, что, не взирая на различіе объектовъ, къ нимъ примѣнимы однѣ и тѣ же нормы и что причины, повлекшія за собою въ Римѣ ихъ отнесеніе къ одной юридической категоріи и подчиненіе общимъ нормамъ, еще продолжаютъ существовать.

Доказать это едва-ли возможно. Пользованіе въ техническомъ смыслѣ уже потому не пригодно для *юридической* квалификаціи всѣхъ или опредѣленныхъ договоровъ о трудѣ, что оно въ настоящее время является единственною юридически возможною формою извлеченія выгодъ изъ труда свободнаго человѣка. Послѣднимъ—въ отличіе отъ другихъ объектовъ—нельзя ни владѣть, ни распоряжаться.

Мы видѣли, что пользованіе въ техническомъ смыслѣ означаетъ извлеченіе выгодъ *безъ* перехода права на ихъ источникъ и *безъ* его экономическаго уничтоженія. Какъ юридическій терминъ, оно имѣетъ практическое значеніе только въ тѣхъ случаяхъ, когда оно противопоставляется владѣнію, распоряженію и проч., слѣдовательно только по отношенію къ чужимъ вещамъ, но не къ чужому труду. Какимъ-же—договорнымъ или инымъ—правоотношеніямъ можетъ быть противопоставлено «пользованіе» трудомъ, разъ современное право вообще не

знаетъ другого отношенія къ чужой рабочей силѣ и къ чуждому труду?

Источникомъ выгодъ отъ человѣческой дѣятельности съ физіологической точки зрѣнія является рабочая сила т. е. способность къ проявленію мускульной и психической энергіи, а съ экономической—трудъ въ смыслѣ абстрагированнаго отъ рабочей силы процесса проявленія энергіи. Рабочая сила человѣка, какъ неотдѣлимая часть его личности, не можетъ находиться in dominio, не можетъ быть предметомъ собственности или обладанія и слѣдовательно представленіе о ея переходѣ изъ одной имущественной сферы въ другую, въ смыслѣ отчужденія (mutatio dominii), къ ней вообще не приложимо. Не можетъ быть также рѣчи о правѣ на уничтоженіе или на потребленіе чужой рабочей силы, хотя-бы такое право и вытекало изъ договора. Предоставленіе ея въ пользованіе юридически иначе немыслимо, какъ подъ условіемъ ея цѣлости и сохранности.

Трудъ, въ смыслѣ процесса проявленія энергіи, можетъ быть направляемъ на чужую имущественную сферу, допускаетъ имущественную оцѣнку и можетъ быть объектомъ оборота. Но,—въ отличіе отъ другихъ благъ [1]),—и онъ реально неотдѣлимъ отъ личности работника. Поэтому 1) осуществленіе его экономическаго назначенія возможно только въ формѣ произвольной траты энергіи со

---

[1]) Спорный въ экономической литературѣ вопросъ о томъ, принадлежитъ-ли трудъ (личныя услуги) къ хозяйственнымъ благамъ или нѣтъ—для гражданскаго права не имѣетъ значенія. Ср. также Cosak Lehrb. d. deut. bürg. Rechts (5 изд.) § 143: Fasst man die einzelnen Dienste oder die gesamte Arbeitskraft der Menschen als «Güter» auf, so kann man den Dienstvertrag auch als eine Art des Kaufes oder Tausches oder als ein Seitenstück zur Miethe oder Pacht ansehen... Iedoch ist rechtlich damit nichts gewonnen. Denn die Dienste und die Arbeitskra t der Menschen sind «Güter» eigenster, zartester Art und heischen von selbst eine durchaus andere Behandlung, als sie den sonstigen verkauf-und vertauschbaren, vermiet-und verpachtbaren Gütern zuteil wird.

стороны работника, а пользованіе трудомъ можетъ только состоять въ психическомъ воздѣйствіи на работника и въ усвоеніи выгодъ, доставляемыхъ его трудомъ; дальше оно по естественнымъ причинамъ не можетъ простираться. 2) Говорить о пользованіи трудомъ, какъ объ отношеніи, при которомъ объектъ юридически не отдѣляется отъ имущественной сферы его собственника, лишено всякаго смысла, ибо трудъ не есть ни часть имущества, ни предметъ собственности работника [1]). Трудъ потенціальная величина, которой, по выраженію римскихъ юристовъ, вовсе нѣтъ in natura rerum, пока онъ не проявился во внѣ, не израсходованъ. 3) Представленіе о пользованіи, какъ отношеніи, при которомъ объектъ долженъ сохраняться въ цѣлости (salva rei substantia), къ труду также не примѣнимо, потому что осуществленіе его экономическаго назначенія заключается именно въ превращеніи энергіи или,—выражаясь юридически,—въ его потребленіи.

Мы слѣдовательно тѣмъ, что называемъ право на чужой трудъ «правомъ пользованія», ничего не прибавляемъ къ тому, что уже само собою логически вытекаетъ изъ особенностей его объекта. Этими особенностями—и только ими—опредѣляется специфическій характеръ договоровъ о трудѣ, какъ особой юридической категоріи, и—въ частности—соціально-экономическій предѣлъ, дальше котораго связанность работника и права работодателя простираться не могутъ. Сопоставленіе съ пользованіемъ вещами, по отношенію къ которымъ возможны также другія формы извлеченія выгодъ, практически совершенно безцѣльно и

---

[1]) Противное отнюдь не можетъ быть выведено изъ «права на собственную личность», если только не говорить вмѣстѣ съ Вангеровымъ (Pand. I § 34) и Lössl, Zur Konstruction des Arbeitsvertrages (Wiener Juristische Blätter 1894 г. № 29 и сл.) объ «Eigentum seiner selbst». Ср. Böcking, Instit. § 33, № 12, Puchta, Inst. I, § 30, Arndts, Pandekten § 24, № 2, Regelsberger, Pand. I, § 50, Eneccerus, Lehrb. des bürg Rechts § 71 и др.

только затемняетъ эти особенности. Интересы оборота и культуры требуютъ тщательнаго отмежеванія человѣческой личности отъ объектовъ оборота, обособленія договоровъ, коими устанавливается право на чужой трудъ, отъ договоровъ, устанавливающихъ право пользованія чужимъ имуществомъ.

Попытаемся теперь опредѣлить кругъ сдѣлокъ, входящихъ въ категорію договоровъ о трудѣ, и значеніе для науки и законодательства обособленія этихъ договоровъ въ самостоятельную юридическую категорію. Такъ какъ рѣчь идетъ о договорахъ, то eo ipso сюда не могутъ быть отнесены обязательства работать въ пользу другого, вытекающія изъ другихъ основаній, какъ напр. изъ семейныхъ отношеній [1]), изъ права государства налагать на подданныхъ повинности [2]) и наказанія, принудительныя работы (пьяницы, бродяги, нищенствующіе) и т. п.

По той-же причинѣ къ договорамъ о трудѣ не принадлежитъ публичное обѣщаніе награды (Auslobung), хотя нѣкоторые ученые его къ нимъ причисляютъ [3]). На нашъ взглядъ публичное обѣщаніе награды не договоръ, а условное одностороннее обѣщаніе, ибо лицо, исполняю-

---

[1]) Такъ по нашему закону жена обязана «оказывать мужу всякое угожденіе, какъ хозяйка дома» (ст. 107 ч. I т. X), дѣти должны «служить родителямъ на самомъ дѣлѣ» (ст. 177 Зак. Гр.) и т. д.

[2]) Напр. воинскую повинность, обязанности присяжныхъ засѣдателей, защита по назначенію и т. д.

[3]) Endemann: Einführung in d. Studium des bürg. GB. (3 изд.) § 176 опредѣляетъ Auslobung, какъ *односторонее* публичное обѣщаніе награды за исполненіе опредѣленнаго дѣйствія, но тѣмъ не менѣе онъ въ § 172 (стр. 777) причисляетъ его къ Arbeitsverträge. Изъ приверженцевъ договорной теоріи одни видятъ въ немъ разновидность подряда. (Kohler, Arch. für bürg. R. Bd. XXV S. 1 сл. и Lehrb. des bürg. Rechts Bd II, стр. 356: Werkvertrag mit gestrecktem Vertragschluss). Другіе—разновидность locatio conductio (Schütze въ Jahrb. des gem. Rechts Bd V). Третьи—contractus sui generis (Rob. v. Mayer, Die Auslobung 1905). Къ послѣднему взгляду, повидимому, примыкаетъ наша судебная практика. Ср. рѣш. гражд. деп. за 1871 г. № 114 и Ж. М. Ю. за 1896 г. кн. 6, стр. 199 слѣд.

щее поставленную задачу, не вступаетъ въ соглашеніе, а лишь осуществляетъ условіе, подъ которымъ обѣщаніе дано [1]). Но и съ точки зрѣнія договорной теоріи публичное обѣщаніе не можетъ считаться трудовымъ договоромъ, ибо въ составъ его не входитъ «обѣщаніе работы», имъ не устанавливается право на чужой трудъ.

Не всякая также двухсторонняя сдѣлка, которою устанавливается такое право, можетъ быть причислена къ договорамъ о трудѣ. Обѣщаніе работы фактически можетъ входить въ составъ различныхъ договоровъ, но далеко не всегда это обѣщаніе *типично* для даннаго договора, составляетъ необходимый, или хотя-бы обыкновенный элементъ въ его составѣ. Участники товарищества напр. очень часто обязываются къ той или другой дѣятельности, отдающій комнату въ наймы обѣщаетъ ее убирать, продавецъ принимаетъ на себя доставку купленной вещи и т. д. Во всѣхъ этихъ случаяхъ обѣщаніе труда составляетъ привходящій и случайный элементъ въ составѣ договора, отпаденіе котораго не оказываетъ никакого вліянія на его юридическую природу. Между тѣмъ къ договорамъ о трудѣ могутъ быть отнесены только тѣ сдѣлки, въ которыхъ *обѣщаніе работы составляетъ логически необходимый элементъ.*

Бываютъ однако случаи, когда вопросъ о томъ, составляетъ-ли обѣщаніе работы essentiale negotii или нѣтъ, возбуждаетъ сомнѣнія. Такъ напр. уже въ римскомъ правѣ относительно договора поклажи спорили, прини-

---

[1]) Sigel: Versprechen als Verpflichtungsgrund S. 105: Die Auslobung enthält ein Versprechen unter der Bedingung einer Leistung. Также Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung Berlin 1877, S. 274, Brinz—Lotmar, Pandekten Bd IV, S. 254. По другому весьма распространенному мнѣнію публичное обѣщаніе составляетъ оффертъ, необязательный для обѣщавшаго до его принятія работникомъ. См. Windscheid II, § 308, Regelsberger, Civilrechtl. Erörterungen (Weimar 1868), Anhang II и др. Дальнѣйшая литература указана у v. Mayer, Die Auslobung Wien 1905.

маетъ ли на себя депозитарій обязанность къ охраненію вещи или только отвѣтственность за ея цѣлость. Въ источникахъ говорится, что вещь «дается для охраненія» (custodiendam, servandam datur [1]), что хранитель обязанъ возвратить ее въ цѣлости и несетъ отвѣтственность, когда по его грубой винѣ это окажется невозможнымъ. Но прямого указанія на то, что депозитарій обѣщаетъ охрану ввѣренной вещи въ видѣ дѣятельности, источники не содержатъ. Въ J. IV, 1. 17 наоборотъ указывается, что is, apud quem res deposita est, custodiam non praestat, sed tantum in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit. Въ пандектной литературѣ тѣмъ не менѣе преобладаетъ взглядъ, что депозитарій по римскимъ воззрѣніямъ обѣщалъ дѣятельность и притомъ личную [2]). Съ этимъ взглядомъ едва-ли возможно согласиться, ибо въ такомъ случаѣ трудно объяснить, почему депозитарій custodiam non praestat и несетъ отвѣтственность только за dolus и culpa lata. Онъ не согласуется также съ исторіею института [3]). Представленію о депозитѣ, какъ договорѣ, предшествовала деликтная отвѣтственность за perfidia, выражавшуюся въ поврежденіи или удержаніи ввѣренной вещи. По законамъ 12 таблицъ депоненту въ такихъ

---

[1]) Dig. XIII, 3, 1. 1 pr.: Depositum est quod custodiendum alieni dandum est, h. t. 1. 1, § 8: si vestimenta servanda data, 1. 22... ac si ipsi servandam succepisse.

[2]) См. напр. Dernburg II, § 92, Brinz II, § 317, Baron § 277; Girtanner, Die Stipulation, стр. 448. Др. мнѣнія Windscheid II, § 377. Онъ учитъ, что депозитарій не обѣщаетъ «дѣятельности охраненія» (Bewahrungstätigkeit), а только помѣщеніе (Raum) для охраненія вещи. Но тогда и карманъ или кошелекъ, въ которыхъ хранится ввѣренная вещь, пришлось бы признать «помѣщеніемъ». Sintenis, Das pract. gem. Civilrecht II § 112 полагаетъ, что въ тѣхъ случаяхъ, когда хранитель принимаетъ на себя исполненіе «особыхъ дѣйствій» (besondere Leistungen), договоръ тѣмъ самымъ превращается въ мандатъ. Ср. также Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II, стр. 605.

[3]) Ubbelohde, Zur Geschichte der benannten Realcontrakte (1870), S. 40, Karlowa, Römische RG. II стр. 601 сл. и 1316 сл.

случаяхъ давалась actio ex causa depositi in duplum. Изъ этой ячейки въ преторскомъ эдиктѣ развилась actio depositi directa, предъявляемая къ хранителю при наличности съ его стороны умысла или грубой небрежности. Этотъ искъ еще сохранилъ инфамирующій характеръ и противъ него, по предписанію Юстиніана, не допускались ни retentio, ни compensatio. Въ его основаніи также, какъ и прежняго деликтнаго иска, лежитъ представленіе объ обманутомъ довѣріи депонента [1]), а не о неисполненіи депозитаріемъ обѣщанной въ пользу депонента дѣятельности. Противъ господствующаго мнѣнія, наконецъ, говоритъ институтъ depositum irregulare. Когда на храненіе отдаются замѣнимыя вещи съ обязательствомъ возвратить tantundem ejusdem qualitatis, для представленія объ охраненіи, въ смыслѣ дѣятельности въ чужомъ интересѣ, нѣтъ мѣста.

Лотмаръ (ук. соч. I, стр. 286) выводитъ противоположное рѣшеніе вопроса о трудовомъ характерѣ договора поклажи въ римскомъ правѣ изъ того обстоятельства, что договоръ о возмездномъ охраненіи въ источникахъ квалифицируется какъ locatio conductio. Вся разница между ними, заключаетъ онъ отсюда, состоитъ только въ безвозмездности поклажи. Но онъ упускаетъ изъ виду, что при возмездномъ договорѣ вполнѣ умѣстно предположить, что лицо, получающее плату, въ свою очередь обязалось къ выполненію опредѣленныхъ дѣйствій, но что это соображеніе не приложимо къ безмездному храненію.

Въ современной хозяйственной жизни послѣднее утратило практическое значеніе, а храненіе въ видѣ услуги, оказываемой за вознагражденіе, наоборотъ, стало обычнымъ и нормальнымъ явленіемъ. Поэтому отъ него

---

[1]) Dig. h. t. l. 1 pr. Ut ostendat totum fidei ejus commissum quod ad custodiam rei pertinet.

и слѣдуетъ исходить при опредѣленіи природы этого договора. Поклажа *въ настоящее время* приняла характеръ трудового договора, отличающагося нѣкоторыми специфическими особенностями относительно отвѣтственности за ввѣренную вещь и порядка ея возвращенія. Бываютъ, конечно, и теперь случаи, когда депозитарій принимаетъ на себя только отвѣтственность за цѣлость, не обязываясь къ ея охраненію, но такая сдѣлка не типична для современнаго оборота и правильнѣе видѣть въ ней contractus sui generis. Уже прусское общеземское уложеніе упоминаетъ объ обязанности депозитарія охранять ввѣренную ему вещь [1]). Но при толкованіи этого закона повторялись тѣ-же разногласія, какъ въ римскомъ правѣ [2]). Болѣе опредѣленно объ этой обязанности говорятъ австрійское (§ 961) и саксонское гражд. уложенія (§ 1262). Швейцарскій законъ объ обяз. 1881 г. для устраненія всякихъ сомнѣній включилъ моментъ обѣщанія дѣятельности въ опредѣленіе договора поклажи [3]). Его примѣру послѣдовали германское гражд. улож. [4]) и нашъ проектъ гражд. улож. [5]).

Нашъ дѣйствующій законъ не содержитъ опредѣленія договора поклажи, но въ нашей литературѣ и судебной

---

[1]) I T. s. 14 § 9. Wenn eine Sache Jemandem unter der Verbindlichkeit übergeben worden ist, dass er sie aufbehalten und künftig zurückgeben solle, so ist unter den Parteien ein Verwahrungsvertrag vorhanden.

[2]) См. Koch Commentar Bd. II, стр. 189 Art. 4 и Dernburg Preuss. Pr. Recht Bd. II, § 211 сл.

[3]) S.O.R. § 475: Durch den Hinterlegungsvertrag verpflichtet sich der Aufbewahrer (Depositar) dem Hinterleger (Deponenten), eine bewegliche Sache, welche dieser ihm anvertraut, zu übernehmen und sie an einem sicherem Orte aufzubewahren. Ср. Швейц. обяз. право 1911 г. ст. 472.

[4]) Герм. улож. ст. 688: Durch den Verwahrungsvertrag wird der Verwahrer verflichtet eine ihm von dem Hinterleger übergebene bewegliche Sache aufzubewahren.

[5]) Гражд. Улож. § 1900: По договору поклажи или отдачи на сохраненіе поклажепринимать обязуется хранить движимую вещь, переданную ему поклажедателемъ.

практикѣ всѣ, кажется, согласны въ томъ, что «обязанность къ сбереженію вещи», о которой упоминается въ ст. 2105 ч. I т. X Св. Гр. Зак., должна быть толкуема въ смыслѣ обѣщанія положительной дѣятельности. Поэтому, относительно современнаго гражданскаго права — какъ нашего, такъ и западныхъ государствъ,—нѣтъ основанія отрицать, что обѣщаніе дѣятельности составляетъ необходимый элементъ поклажи. Мы поэтому должны признать ее договоромъ о трудѣ.

Лотмаръ [1]) и нѣкоторые другіе различаютъ возмездную и безвозмездную поклажу и причисляютъ только первую къ договорамъ о трудѣ, основываясь на томъ, что въ составъ этихъ договоровъ, кромѣ обѣщанія работы, всегда должно входить обѣщаніе вознагражденія.

На чемъ, кромѣ примѣра римскаго права, построено это положеніе, ни Лотмаръ, ни другіе сторонники этого взгляда не поясняютъ [2]). Безспорнымъ можно считать лишь то, что съ обѣщаніемъ вознагражденія и,—какъ мы увидимъ ниже,—даже съ отдѣльными способами и формами вознагражденія связываются весьма существенныя правовыя послѣдствія [3]) и что возмездное

---

[1]) Arbeitsvertrag I, стр. 34 и 128.

[2]) Лотмаръ, на стр. 34, т. I, опредѣливъ Arbeitsvertrag, какъ взаимный обязательственный договоръ, прибавляетъ: «Die Bedeutung der Entgeltleistung als Gegenleistung rechtfertigt diese Begriffsbestimmung des Arbeitsvertrages, wie im 3 Kapitel dargethan werden soll». Но въ третьей главѣ мы ничего не находимъ, кромѣ ссылки на то, что по закону въ извѣстныхъ случаяхъ предполагается возмездность обѣщанія работы (стр. 125 сл.). Лотмаръ и не даетъ положительнаго отвѣта на вопросъ, куда въ такомъ случаѣ слѣдуетъ отнести безмездное обѣщаніе работы, возможность котораго онъ, конечно, не отрицаетъ. Онъ ограничивается указаніемъ, что его нельзя разсматривать какъ дареніе, потому что обязанное лицо не жертвуетъ имущественными благами (др. мн. Motive Bd. II стр. 459, Plank Kommentar Bd. II къ § 612), ни какъ договоръ порученія, потому что должникъ не обязывается къ совершенію сдѣлокъ (ср. Isay, Die Geschäftsfürung. стр. 46 Aum 5.

[3]) См. ст. «Аккордный договоръ» въ Новомъ Энцикл. Слов. т. I, стр. 703 и указ. тамъ литературу.

обѣщаніе работы составляетъ типичное для современнаго оборота содержаніе трудового договора, отъ котораго законодатель долженъ исходить при его нормировкѣ. Однако главнѣйшія соціальныя и экономическія особенности трудовыхъ отношеній связаны не съ обѣщаніемъ вознагражденія, а съ обѣщаніемъ работы и могутъ встрѣчаться въ тѣхъ случаяхъ, когда работа обѣщана безвозмездно. Трудъ волонтера также не можетъ быть обѣщанъ внѣ границъ и формъ, допустимыхъ для пользованія человѣческою дѣятельностью, какъ платный трудъ. Именно съ точки зрѣнія Лотмара, усматривающаго въ связи труда съ человѣческою личностью основаніе для установленія «родового понятія трудового договора», непослѣдовательно исключить изъ него безмездныя трудовыя сдѣлки.

Какъ мало впрочемъ критерій возмездности практически пригоденъ для разграниченія договорныхъ типовъ, въ этомъ можно убѣдиться на примѣрѣ неудачной попытки германскаго гражданскаго уложенія отмежевать безмездное исполненіе порученія (unentgeltliche Geschäftsbesorgung) отъ возмезднаго. Изложивъ въ статьяхъ 662—674 положенія о безмездномъ исполненіи, германскій законъ въ ст. 675 постановляетъ, что къ договорамъ найма и подряда, (т. е. къ возмезднымъ договорамъ), въ тѣхъ случаяхъ, когда они имѣютъ своимъ предметомъ исполненіе порученія (Geschäftsbesorgung), примѣняются тѣ-же самыя правила, кромѣ одного, (о правѣ повѣреннаго односторонне сложить съ себя исполненіе обязанностей). Такъ какъ въ жизни веденіе чужихъ дѣлъ за вознагражденіе составляетъ правило, а безмездное веденіе—исключеніе, ст. 775 создаетъ аномалію съ точки зрѣнія разумной законодательной систематизаціи. Sedes materiae для положеній о веденіи чужихъ дѣлъ по порученію служитъ глава о—сравнительно очень рѣдкомъ—безмездномъ веденіи такихъ дѣлъ. А то, что въ жизни составляетъ

исключеніе, возводится закономъ въ норму. Выдвинутый законодателемъ критерій безмездности услугъ имъ-же самимъ лишается практическаго значенія [1]).

Мы такимъ образомъ приходимъ къ заключенію, что всякій договоръ—возмездный и безмездный,—въ составъ котораго входитъ обѣщаніе труда, какъ логически необходимый элементъ, есть трудовой договоръ. Намъ остается выяснить, что мы должны разумѣть подъ «трудомъ», какъ предметомъ договора [2]).

Трудъ въ этомъ смыслѣ не тождественъ съ физіологическимъ понятіемъ о работѣ [3]), обнимающимъ, кромѣ дѣятельности, сознательно направленной на опредѣленный эфектъ, еще непроизвольную дѣятельность и игру. Онъ не совпадаетъ также съ трудомъ, какъ факторомъ эконо-

---

[1]) О затрудненіяхъ, вызванныхъ въ теоріи и практикѣ ст. 675, см. Lenel, Die auf Geschäftsbesorgung gerichteten Verträge.

[2]) Мы употребляемъ слово «предметъ договора» здѣсь и повсюду въ текстѣ въ смыслѣ «предмета обѣщанія». Это необходимо оговорить въ виду новѣйшей попытки Зома придать этому слову значеніе и смыслъ техническаго термина. (Ср. Sohm Der Gegenstand, ein Grundbegriff des BGB (1905), въ Arch. für bürg R. Bd. 28 (1906), стр. 173 сл. и въ Jahrb. für Dogm. Bd. 53 (1908), стр. 373 сл. По его ученію терминомъ Gegenstand слѣдуетъ обозначать только предметы распорядительныхъ сдѣлокъ (Verfügungsgeschäfte, въ противоположность къ Verpflichtungsgeschäfte) т. е. сдѣлокъ, непосредственно измѣняющихъ правовое положеніе своего предмета», или части имущественнаго актива (тѣлесныя вещи и права). По мнѣнію Зома трудъ не можетъ быть причисленъ къ «предметамъ» въ этомъ смыслѣ, а только «право на трудъ». Употребленныя въ ст. 611, 631 675 и др. BGB выраженія «Gegenstand des Dienstvertrages или Werkvertrages» «Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat» онъ называетъ «untechnisch» (Jahrb. für Dogm. 53 стр. 391). Сомнительно, составляетъ-ли теорія Зома обогащеніе для науки и не отдаляетъ-ли она безъ достаточныхъ основаній научную терминологію отъ принятаго въ жизни и въ законѣ словоупотребленія. Ср. объ этой теоріи Binder въ Ztschr. für Handelsr. Bd. 59 (1907), стр. 322 сл. и Hedemann въ Arch. für bürg. R. Bd. 31 (1908), стр. 322.

[3]) Ср. Бухъ, Основные элементы политической экономіи, гл. II (Спб 1902 г.).

мической жизни [1]), ибо можетъ служить еще для другихъ цѣлей, кромѣ хозяйственныхъ. *Трудъ, какъ предметъ договора, означаетъ юридически релевантную дѣятельность въ чужомъ интересѣ, отправляемую обѣщавшимъ ее лично или имъ организуемую* [2]). Остановимся на отдѣльныхъ моментахъ этого опредѣленія.

Обѣщанная работа должна совершаться въ интересахъ работополучателя. Нерѣдко встрѣчаются такія договорныя соглашенія, гдѣ въ исполненіи работы заинтересованъ одинъ работникъ. Отъ учениковъ земледѣльческой школы напр. требуются обязательныя полевыя и другія практическія работы. Уклоненіе отъ нихъ можетъ влечь за собою невыгодныя для нихъ послѣдствія, напр. удаленіе ихъ изъ школы. Тутъ однако, нельзя говорить объ обѣщаніи ими работы, ибо договоромъ не устанавливается право учителя или училища на ихъ трудъ, а только право учениковъ на трудъ учителей. Предметомъ договоровъ о трудѣ можетъ быть только *дѣятельность для другого*. Это, конечно, не исключаетъ матеріальной или моральной заинтересованности работника [3]) въ совершае-

[1]) Ср. Bruder s. v. Arbeit въ Staatslexicon (3 изд.), Elster, Wörterbuch der Volkswirtschaft, Туганъ-Барановскій, Основы полит. экон. стр. 130. Иногда и экономисты впрочемъ исходятъ изъ болѣе широкаго понятія о трудѣ. См. напр. Schmoller, Grundriss der allg. Volkswirtschaftsl. I, стр. 38: «Wenn wir unter Arbeit jede menschliche Tätigkeit verstehen, welche mit dauernder Anstrengung sittlich-vernünfiige Zwecke verfolgt»; Bücher: Arbeit und Rythmus (1896).

[2]) Другое опредѣленіе даетъ Лотмаръ указ. соч. т. I. стр. 72: «Работа, какъ мыслимый предметъ договора о трудѣ, это—всякая дѣятельность человѣка, способная удовлетворять чужой потребности, дѣятельность, за которую по опыту (erfahrungsmässig) когда-либо или гдѣ-либо платилось вознагражденіе».

[3]) Поэтому неправильно, какъ это дѣлаетъ Штоббе въ предложенной имъ схемѣ юридическихъ сдѣлокъ (Handbuch т. III прилож.) различать договоры о трудѣ, заключенные исключительно въ интересахъ лица, пріобрѣтающаго право на чужой трудъ, и заключенные въ интересахъ обоихъ контрагентовъ. Къ послѣднимъ онъ относитъ товарищество и предварительный договоръ (Vorvertrag). Штоббе упустилъ изъ виду, что подрядъ,

мой имъ работѣ, но означаетъ, что ея непосредственные результаты нужны не ему, а другому лицу.

Нерѣдко и въ другихъ сдѣлкахъ, кромѣ договоровъ о трудѣ, для достиженія цѣли, на которую онѣ направлены, необходима извѣстная дѣятельность со стороны обѣщавшаго. Продавецъ напр. часто долженъ поставлять проданныя вещи покупщику, наймодатель обязанъ содержать предметъ найма въ годномъ для пользованія состояніи, совершая всѣ необходимыя для этого работы и т. д. Въ этихъ случаяхъ тѣмъ не менѣе нельзя говорить о правѣ на чужой трудъ или объ обѣщаніи работы, потому что способъ исполненія указанныхъ обязанностей со стороны продавца, наймодателя и др. юридически безразличенъ. Природа этихъ договоровъ не измѣнится отъ того, что покупщикъ самъ явится за вещью или наниматель самъ будетъ производить ремонтъ или что предметъ договора при его заключеніи уже находится въ обладаніи покупщика или содержаніе его не требуетъ никакой дѣятельности Предметомъ-же договоровъ о трудѣ только можетъ быть *юридически релевантная дѣятельность*, обѣщаніе которой составляетъ типичный элементъ для даннаго договора, conditio sine qua non для его отнесенія къ опредѣленной юридической категоріи.

Обѣщать работу не значитъ обязываться къ личному труду. Обѣщавшій можетъ для ея исполненія пользоваться трудомъ другихъ лицъ, можетъ быть только организаторомъ и руководителемъ работы. Ниже мы увидимъ, что между предоставленіемъ на время *своей* рабочей силы въ пользу чужого хозяйства и обѣщаніемъ опредѣленной работы, которая in abstracto можетъ быть выполнена лю-

---

перевозка и нѣкоторыя другія сдѣлки о трудѣ также заключаются въ интересахъ обѣихъ сторонъ. Причисленіе товарищества и предварительнаго договора къ трудовымъ сдѣлкамъ вызвано смѣшеніемъ права на чужой трудъ съ болѣе общимъ понятіемъ права на чужое дѣйствіе.

бымъ человѣкомъ, лишь бы она оказалась выполненной согласно договору, большая и существенная разница. Сдѣлка, однако, въ томъ и другомъ случаѣ является договоромъ о трудѣ. Поэтому все сказанное нами выше о принципіальной недопустимости одинаковаго отношенія къ труду и къ имуществу, какъ объектамъ сдѣлокъ, примѣнимо до извѣстной степени также къ обѣщанію чужой дѣятельности. Правда, тутъ между работодателемъ и фактическимъ работникомъ . можетъ не существовать никакой юридической связи; между ними стоитъ предприниматель, отвѣчающій за исполненіе обѣщаннаго. Однако то обстоятельство, что фактически и тутъ обѣщается человѣческая дѣятельность, не остается и не должно оставаться безъ вліянія на содержаніе договора [1]); положительное право не можетъ съ нимъ не считаться.

Обособленіе договоровъ о трудѣ въ самостоятельную категорію имѣетъ для цивилистической науки и законодательства не только важное теоретическое значеніе, но также существенныя практическія преимущества.

1) Съ различіемъ формъ и характера власти надъ имуществомъ и надъ человѣческою личностью, какъ мы уже указывали, до послѣдняго времени въ области обязательственнаго права очень мало считались. Предметъ обязательства, въ отличіе отъ семейственныхъ правъ, по господствующему воззрѣнію, всегда составляетъ дѣйствіе, имѣющее имущественную цѣнность. Но и юристы, склонные при извѣстныхъ условіяхъ признавать юридическую силу

---

[1]) Нерѣдко условія договора между подрядчикомъ, какъ предпринимателемъ, и его рабочими непосредственно предрѣшаются договоромъ перваго съ заказчикомъ. На Западѣ это въ послѣднее время стало обычнымъ явленіемъ при казенныхъ и муниципальныхъ подрядахъ. См. Beiträge zur Arbeiterstatistik № 6: Die Regelung des Arbeitsverhältnisses bei Vergebung öffentlicher Arbeiten. (Berlin 1907), Mabaret du Basty: Les conditions du travail dans les marchés de travaux publics (1907).

обязательствъ, предметъ которыхъ не имѣетъ имущественнаго характера, не допускаютъ мысли, что такимъ предметомъ можетъ быть самая личность человѣка. Больше ли или меньше въ связи съ обѣщаніемъ того или другого дѣйствія стѣсняется въ своемъ самоопредѣленіи обязанное лицо, это вопросъ, лежащій за предѣлами гражданскаго права; природа и послѣдствія сдѣлки отъ этого не зависятъ. Правда, въ послѣднее время все настойчивѣе подчеркиваются соціальныя задачи гражданскаго права, къ которымъ принадлежитъ также охрана личности работника. Но почти все, что въ этомъ направленіи сдѣлано законодательнымъ путемъ, имѣетъ характеръ вторженія публичнаго права въ гражданскій оборотъ или вынужденныхъ и разрозненныхъ отступленій отъ общихъ началъ гражданскаго права, а не приспособленія его нормъ по духу и содержанію къ соціальнымъ условіямъ и этическимъ воззрѣніямъ современной жизни.

Однимъ изъ серьезныхъ препятствій къ такому приспособленію служитъ традиціонная систематизація договоровъ, построенная на принципіальномъ игнорированіи особенностей труда, какъ предмета обязательствъ, и того факта, что и въ сферѣ договорныхъ отношеній мы сплошь, да рядомъ имѣемъ дѣло съ властью человѣка надъ человѣкомъ Обособленіемъ трудовыхъ сдѣлокъ отъ договоровъ объ имуществѣ устраняется это препятствіе. Имъ очищается путь къ гражданскоправовой нормировкѣ трудовыхъ отношеній, исходящей, гдѣ это необходимо, изъ указаннаго факта, устанавливающей предѣлы власти и подчиненія и тѣмъ самымъ ограждающей человѣческую личность отъ превращенія въ пассивное средство для чужихъ цѣлей, наравнѣ съ имуществомъ. Этимъ отнюдь не умаляется значеніе того обстоятельства, что трудъ представляетъ имущественную цѣнность какъ для самого работника, такъ и для другихъ лицъ, извлекающихъ выгоды изъ его рабочей силы. Съ

точки зрѣнія сторонъ возмездный трудовой договоръ всегда направленъ на обмѣнъ цѣнностей и съ этимъ нельзя не считаться. Но вмѣстѣ съ тѣмъ открывается возможность удѣлить должное вниманіе и другой сторонѣ вопроса, одинаково важной съ экономической, этической и юридической точекъ зрѣнія разницѣ между обѣщаніемъ имущества и обѣщаніемъ труда въ смыслѣ траты человѣческой энергіи [1]).

2) Другое преимущество обособленія договоровъ состоитъ въ томъ, что имъ значительно облегчается разграниченіе нѣкоторыхъ, экономически очень близко соприкасающихся, но юридически совершенно разнородныхъ договоровъ, представляющее въ настоящее время почти непреодолимыя трудности. Мы имѣемъ въ виду главнымъ образомъ отмежеваніе подряда отъ поставки предметовъ, изготовляемыхъ самимъ поставщикомъ, и товарищества отъ обѣщанія работы за вознагражденіе, состоящее въ долѣ прибыли (парціарный трудовой договоръ).

Если исходить изъ указаннаго выше положенія, что предметъ договоровъ о трудѣ заключается всегда въ дѣятельности а) юридически релевантной и б) такой, результаты которой принадлежатъ не самому работнику, а другому лицу, мы получаемъ достаточно ясный и опредѣленный критерій, по которому ихъ можно отграничить какъ отъ поставки, такъ и отъ товарищества.

---

[1]) На эту разницу указывали уже Brinz: Pandekten (1-е изд.) I т. стр. 305, «so wenig z B. die Verbindlichkeit zu blosser Dienstleistung oder zur. Restutition einer fremden Sache sich als Minus im Vermögen des Obligirten darstellt, so wenig wird dieselbe bei der Inventarisirung seines Vermögens unter den Passiva oder Schulden aufgeführt», и Endemann: Das deutsche Handelsrecht, (Heidelb. 1865), стр. 435: «Die Arbeit ist eine Leistung, die Arbeitskraft keine Sache, die als Eigentum des Inhabers oder eines Andern gedacht werden kann». Но заслуга тщательнаго и подробнаго выясненія этой особенности труда принадлежитъ Лотмару, ук. соч. т. I, стр. 7, 47, 82 и слѣд.

При поставкѣ обѣщаніе поставщикомъ работы не есть логически необходимый элементъ въ составѣ сдѣлки, а касается побочнаго обстоятельства — способа добыванія проданныхъ вещей. Поэтому, когда намѣреніе сторонъ направлено лишь на пріобрѣтеніе извѣстнаго количества вещей, опредѣляемыхъ родовыми признаками, а соглашеніе о способѣ ихъ добыванія играетъ роль побочнаго условія, договоръ долженъ быть квалифицированъ, какъ поставка. Въ такомъ случаѣ осуществленіе указаннаго правового эфекта другими способами, если этимъ отступленіемъ не нарушаются существенные интересы покупщика, освобождаетъ поставщика отъ принятаго имъ на себя обязательства. И наоборотъ: невозможность изготовленія поставляемыхъ предметовъ самимъ поставщикомъ напр. вслѣдствіе его смерти или пожара на его заводѣ, отнюдь не можетъ служить основаніемъ для отказа отъ исполненія, если только есть возможность достать проданныя вещи инымъ путемъ безъ особенныхъ затрудненій и затратъ. Другое дѣло, когда стороны имѣли въ виду именно результаты дѣятельности даннаго лица,— личной или имъ организуемой. Тогда мы имѣемъ дѣло съ подрядомъ и положенія о поставкѣ могутъ имѣть примѣненіе лишь настолько, насколько рѣчь идетъ о потраченныхъ подрядчикомъ на исполненіе заказа матеріалахъ [1]).

---

[1]) Многіе усматриваютъ отличительный признакъ подряда по сравненію съ поставкою *въ наличности* трудового элемента. См. наприм. Шершеневичъ учеб. гражд. пр, 8 изд. стр. 497 и 564. Подробнѣе объ этомъ вопросѣ см. Ehrenberg, въ Jahrb. für Dogm. Bd. 27, Dniestrzansky, Der Werklieferungsvertrag. Однако изготовленіе предметовъ изъ собственныхъ матеріаловъ признается поставкою, изъ матеріаловъ заказчика подрядомъ, хотя тутъ и тамъ въ одинаковой мѣрѣ можно говорить о «наличности трудового элемента». Правильнѣе поэтому признать критеріемъ не наличность, а релевантность труда. Подрядъ безъ обѣщанія труда не мыслимъ. Если in casu изготовленіе поставляемыхъ предметовъ самимъ по-

Съ товариществомъ трудовые договоры [1]) соприкасаются въ двухъ случаяхъ: когда товарищъ участвуетъ въ общемъ дѣлѣ только своимъ трудомъ и когда работники за свой трудъ получаютъ вознагражденіе въ видѣ доли прибыли (парціарное вознагражденіе) [2]). Отличительный признакъ товарищества состоитъ въ существованіи *нейтральной* сферы, въ которой всѣ участники являются хозяевами. Между ними по договору или закону извѣстнымъ образомъ распредѣляются хозяйскія функціи, невыгоды и выгоды, извлекаемыя изъ этой сферы. При договорахъ о трудѣ такой нейтральной сферы не существуетъ. Тутъ одно лицо обѣщаетъ другому либо дѣятельность, организуемую и направляемую послѣднимъ (работодателемъ) въ качествѣ главы предпріятія или хозяйства, и составляющую юридически часть его дѣятельности, либо работу, отправляемую хотя и внѣ хозяйственной сферы работодателя, но *исключительно для нея*. Самому же работнику въ томъ и другомъ случаѣ принадлежитъ только право на вознагражденіе, а не на производимыя имъ продукты или на добытый имъ результатъ.

Чтобы отличить работника отъ участника въ товариществѣ необходимо поэтому выяснить, кому непосредственно, по смыслу договора, (юридически, а не экономически) достаются результаты его работы, поступаютъ-ли они въ нейтральную хозяйственную сферу, въ которой и онъ участвуетъ на правахъ хозяина, или же исключительно къ работодателю. Въ первомъ случаѣ онъ долженъ

ставщикомъ (въ качествѣ работника или организатора) не есть conditio sine qua non, а только одинъ изъ возможныхъ способовъ добыванія проданныхъ вещей, договоръ нельзя считать подрядомъ, въ противномъ случаѣ его нельзя считать поставкою.

[1]) Относительно неправильности признанія трудового договора разновидностью товарищества см. ниже гл. II.

[2]) Ср. Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte 1897; Knoke, Das Recht der Gesellschaft, 1901.

разсматриваться какъ участникъ товарищества. Но когда право работника по договору исчерпывается требованіемъ вознагражденія за свой трудъ, хотя и исчисляемаго въ видѣ доли прибыли, а во всемъ остальномъ онъ находится въ положеніи лица, ведущаго чужое дѣло, обслуживающаго чужую хозяйственную сферу, онъ не товарищъ, а наемный работникъ [1]). Тогда къ договору примѣняются положенія о соотвѣтственной трудовой сдѣлкѣ (наймѣ, подрядѣ и т. д.) и уже наряду съ ними, насколько это не противорѣчитъ цѣли договора, постановленія объ исчисленіи прибыли съ предпріятія, подлежащей распредѣленію между нѣсколькими лицами.

3) Третье, весьма существенное соображеніе, говорящее въ пользу объединенія всѣхъ договоровъ о трудѣ, состоитъ въ томъ, что оно, какъ мы надѣемся доказать, даетъ возможность положить конецъ хаотическому состоянію этихъ договоровъ въ дѣйствующихъ законодательствахъ. Нельзя, конечно, отъ одного улучшенія классификаціи правовыхъ явленій ожидать усовершенствованія относящейся сюда отрасли законодательства. Но нельзя также

---

[1]) Для римскаго права Пернисъ выдвигаетъ въ Ztschr. f. Rechtsg. III, стр. 55, слѣдующій критерій: «Ich meine, das einzig massgebende Moment ist dabei die Stellung, in welcher die beiden Contrahenten zu einander treten: ist ihr Verhältniss das der Gleichberechtigung, der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Ebenbürtigkeit, obwohl der eine Kapitalist, der andere bloss Arbeiter ist, so ist das Erfordernis der »Brüderlichkeit» (fraternitas) für die Societät erfüllt; dann ist nicht ein Arbeiter gedungen, sondern ein «Gesellschafter angenommen» (admisit socium). Ср. также Ferrini въ Archiv für civil. Praxis Bd. 61. Для современнаго права Кроме (ук. соч. ст. 154) даетъ слѣдующія руководящія указанія на тотъ случай, когда соглашеніемъ сторонъ не достаточно ясно опредѣленъ характеръ отношеній: «Es ist dabei auf die Gemeinsamkeit des Zwecks der Unternehmung für beide Teile. die Gleichberechtigung der Parteien bei dem Zusammenwirken zu dem Erfolg im Uebrigen, oder umgekehrt auf ein dabei vorliegendes Abhängigkeitsverhältnis des einen Kontrahenten von dem anderen oder wenigstens die Unterordnung der Arbeitsthätigkeit unter die allgemeine Direktive des Vertragsgegners zu sehen».

отрицать огромной пользы правильной, соотвѣтствующей бытовому укладу отношеній, законодательной классификаціи. Ея значеніе особенно велико тамъ, гдѣ структура договорныхъ отношеній и ихъ характеръ зависятъ не столько отъ соглашенія сторонъ, сколько отъ фактическихъ обстоятельствъ, сопровождающихъ заключеніе и исполненіе договора, въ частности, отъ соотношенія экономическихъ силъ контрагентовъ. Благодѣтельное вліяніе, которое законъ, какъ организующая сила и проводникъ культурныхъ идей, можетъ оказать на хозяйственную жизнь и на другія стороны общежитія, въ этихъ случаяхъ находится въ прямой зависимости отъ того, считается ли законодатель съ этими фактическими обстоятельствами, проводитъ ли онъ свои демаркаціонныя линіи тамъ, гдѣ онѣ въ дѣйствительности проходятъ, не объединяетъ ли онъ и не подчиняетъ ли однимъ и тѣмъ же нормамъ того, что въ нашемъ правосознаніи ощущается, какъ разное, и наоборотъ.

Что сказанное вполнѣ примѣнимо къ договорамъ о трудѣ, гдѣ экономическое и соціальное неравенство сторонъ составляетъ явленіе чрезвычайно частое и фактически обыкновенно опредѣляетъ степень подчиненія личности работника власти работодателя, объ этомъ особо говорить не приходится. Тутъ раздѣленіе договоровъ по бытовымъ признакамъ, дѣйствительно годнымъ служить отправными точками для цѣлесообразной правовой нормировки, составляетъ соціально-политическій постулатъ первостепенной важности. Между тѣмъ какъ разъ въ этой области наука и законодательства проявили до послѣдняго времени необычайную неподвижность и поразительно мало творчества. Въ оборотѣ— особенно торговомъ — трудовыя отношенія безпрестанно диференцируются и на этой почвѣ сложились и продолжаютъ возникать своеобразные типы трудовыхъ

сдѣлокъ, какъ напр. комиссіонный, маклерскій, издательскій, агентурный и др. договоры, получающіе соотвѣтственную законодательную нормировку въ гражданскихъ и торговыхъ кодексахъ или въ обычномъ правѣ. Въ тоже время въ отдѣльныхъ отрасляхъ хозяйственной жизни и относительно нѣкоторыхъ категорій работниковъ пользованіе трудомъ принимаетъ формы, также не укладывающіяся въ общіе законные типы трудовыхъ договоровъ. Оно составляетъ предметъ спеціальнаго законодательства, распадающагося на множество разрозненныхъ узаконеній, какъ напр. законовъ о наймѣ фабрично-заводскихъ, земледѣльческихъ рабочихъ, домашней прислуги, о перевозкѣ (желѣзнодорожной, морской) и пр.

Въ наукѣ и законодательствѣ до сихъ поръ поддерживается фикція, что общимъ юридическимъ фундаментомъ всѣхъ встрѣчающихся въ жизни и въ законѣ разновидностей договоровъ о трудѣ являются три основныхъ типа, перешедшихъ въ нѣсколько измѣненномъ видѣ изъ римскаго права въ современное: личный наемъ, подрядъ и порученіе (мандатъ). Посвященныя имъ положенія имѣютъ якобы характеръ общихъ началъ и ими должны восполняться пробѣлы, оставленные спеціальными нормами. Не касаясь пока вопроса, исчерпываются ли этими тремя договорами область трудовыхъ отношеній, мы укажемъ лишь на то, что практическое значеніе этой постановки подрывается слѣдующими обстоятельствами: 1) отсутствіемъ ясныхъ, имѣющихъ почву въ хозяйственной жизни, критеріевъ для разграниченія указанныхъ трехъ основныхъ типовъ; 2) тѣмъ, что многіе спеціальные виды договоровъ о трудѣ не умѣщаются безъ остатка ни въ одномъ изъ нихъ, (напр. наемъ фабричныхъ рабочихъ совершается часто въ формахъ близкихъ къ подряду (аккордный договоръ), наемъ прикащиковъ и агентурный договоръ совмѣщаютъ элементы найма и порученія, пере-

возка приближается то къ найму, то къ подряду и содержитъ также элементъ порученія и т. д.); 3) скудостью постановленій, посвященныхъ указаннымъ общимъ типамъ и, въ особенности, личному найму. Въ наукѣ и судебной практикѣ гораздо чаще для восполненія общихъ постановленій прибѣгаютъ къ началамъ, извлеченнымъ изъ спеціальнаго законодательства о наймѣ труда, чѣмъ наоборотъ. Приходится такимъ образомъ признать, что въ настоящее время отдѣльные виды договоровъ о трудѣ лишены общаго цивилистическаго фундамента.

Съ обособленіемъ договоровъ о трудѣ неминуемо возникаетъ вопросъ, каково отношеніе къ этой общей категоріи отдѣльныхъ типовъ трудовыхъ сдѣлокъ? Теоретически это отношеніе можетъ быть двоякимъ. Подъ договорами о трудѣ мы можемъ себѣ представить или родовое понятіе, содержащее общіе всѣмъ трудовымъ договорамъ признаки, родовой договорный типъ, или собирательное названіе, аналогичное названіямъ «мѣновыя», «кредитныя» сдѣлки и т. п. Такое родовое понятіе можетъ имѣть практическое значеніе для науки права и для законодательства только при томъ условіи, если сложившіеся въ жизни виды трудовыхъ сдѣлокъ, отличаясь отъ родового типа лишь въ частностяхъ, имѣютъ общую юридическую структуру и допускаютъ въ главнѣйшихъ пунктахъ одинаковую правовую нормировку. Если-же наоборотъ, въ зависимости отъ признаковъ, свойственныхъ не всѣмъ, а болѣе или менѣе обширнымъ группамъ трудовыхъ сдѣлокъ, оказывается необходимымъ устанавливать для каждой группы особыя правовыя начала, правильнѣе и цѣлесообразнѣе будетъ отказаться отъ построенія родового или генеральнаго типа и видѣть въ «трудовой сдѣлкѣ» собирательное названіе. Этимъ отнюдь не умаляется значеніе систематическаго отмежеванія договоровъ о трудѣ

отъ прочихъ имущественныхъ сдѣлокъ, о которомъ мы говорили выше.

Какому-же изъ этихъ двухъ значеній термина «договоры о трудѣ» мы должны отдать предпочтеніе?

Положительное право не можетъ намъ дать отвѣта на этотъ вопросъ, ибо оно вообще не знаетъ такой общей категоріи договоровъ и такого всеобъемлющаго понятія.

Правда, нѣкоторые кодексы, какъ напр. французскій, подъ вліяніемъ римскаго права, соединяютъ личный наемъ, подрядъ и перевозку въ одну общую группу (louage d'ouvrage et d'industrie). Но она не обнимаетъ всѣхъ договоровъ о трудѣ и въ свою очередь составляетъ лишь одинъ изъ видовъ болѣе общаго понятія «louage», на ряду съ наймомъ вещей. Не дальше идутъ попытки юристовъ, пытавшихся теоретически конструировать родовое понятіе трудового договора. Такъ Данквартъ [1]) въ изслѣдованіи, озаглавленномъ «рабочій договоръ» (Der Arbeitervertrag), поясняетъ, что этимъ выраженіемъ обозначается «родовое понятіе», обнимающее: 1) locatio conditio operarum, 2) его модификаціи и 3) его комбинаціи съ другими договорами (стр. 238). Въ другомъ мѣстѣ тотъ-же авторъ говоритъ [2]) объ «общемъ понятіи найма услугъ» (Dienstmiete), обнимающемъ locatio conductio operarum и operis. Ни Данквартъ, ни комментаторы французскаго кодекса не останавливаются на опредѣленіи этихъ общихъ понятій. Австрійскій юристъ Офнеръ [3]) былъ совершенно правъ, когда онъ въ докладѣ, читанномъ имъ въ 1884 году въ вѣнскомъ юридическомъ обществѣ, указавъ на отсутствіе общихъ началъ о трудовомъ договорѣ, объяснилъ его

---

[1]) Ihering's Jahrb. für Dogm. т. 14 (1875) стр. 228 сл.

[2]) Тамъ-же, т. 13 (1874) стр. 303.

[3]) Ofner, Das Rechtsprinzip des Arbeitslohnes nach herrschendem System, Wien 1884, стр. 4.

тѣмъ, что «это понятіе еще до сихъ поръ юридически не продумано». Двѣнадцать лѣтъ спустя, въ томъ-же самомъ упрекнулъ науку гражданскаго права Вильгелмъ Эндеманъ [1]). Этотъ ученый впервые опредѣленно высказывается за необходимость построенія и тщательнаго изученія общаго понятія о трудовой сдѣлкѣ, охватывающаго всѣ ея виды и составляющаго какъ бы ихъ квинтэссенцію. Эндеманъ совѣтуетъ «отрѣшиться отъ схематическаго цѣпленія за традиціонныя правовыя формы, сложившіяся при совершенно иныхъ экономическихъ условіяхъ, и смѣло и свободно вникнуть въ окружающую насъ современную дѣйствительность» (стр. 641). Послѣ подробнаго обзора исторіи ученія о трудовыхъ договорахъ, Эндеманъ приходитъ къ тому выводу, что исходною точкою для опредѣленія ихъ юридической природы, должно служить «почерпнутое изъ хозяйственной жизни и понятое въ самомъ обширномъ смыслѣ общее имъ всѣмъ понятіе о трудѣ». «Правда, продолжаетъ авторъ, невозможно объединить въ одной главѣ всѣхъ нормъ, касающихся трудовой сдѣлки (das Arbeitsgeschäft), ибо нельзя не считаться съ тѣмъ, что существенныя различія между отдѣльными отраслями труда вызываютъ необходимость въ изданіи спеціальныхъ для каждой отрасли положеній. Но это не препятствуетъ раскрытію заключающагося въ нихъ тождественнаго ядра и не мѣшаетъ искать въ немъ руково-

---

[1]) W. Endemann, Die rechtliche Behandlung der Arbeit. въ Jahrb. für Nationalök. und Statistik за 1896 г. стр. 641. Свой взглядъ на трудовыя сдѣлки, какъ на самостоятельную категорію договоровъ Endemann развивалъ и проводилъ уже много раньше въ своемъ учебникѣ торговаго права. Тамъ же онъ указываетъ на несоотвѣтствіе римскихъ положеній о locatio conductio требованіямъ современной жизни и предлагаетъ новую классификацію этихъ сдѣлокъ, построенную на противопоставленіи служебнаго и предпринимательскаго труда. Ср. Deut. Handelsrecht (1865) § 150. Къ сожалѣнію указанія Эндемана остались почти незамѣченными до появленія вышеупомянутаго изслѣдованія въ Jahrb. für Nat. и Stat.

дящую нить для юридической разработки трудовой сдѣлки въ самомъ обширномъ смыслѣ» (стр. 706). Эндеманъ заранѣе воздаетъ хвалу тому, «кто взялся бы за выполненіе этой задачи съ основательностью, соотвѣтствующей значенію предмета для современной жизни, кто прослѣдилъ-бы трудовую сдѣлку во всѣхъ ея развѣтвленіяхъ въ прошломъ и настоящемъ» (стр. 708).

Съ тѣхъ поръ все чаще въ германской литературѣ повторяется мысль о существованіи, на ряду съ отдѣльными видами, общаго типа трудового договора. Такъ напр. Дернбургъ учитъ, что «подрядъ и наемъ услугъ, по своей экономической природѣ, принадлежатъ къ трудовымъ договорамъ въ широкомъ смыслѣ»[1]). Рихардъ Ленингъ [2]) различаетъ трудовой договоръ въ широкомъ смыслѣ, разумѣя подъ нимъ «вообще договоръ, предметъ котораго составляетъ возмездная дѣятельность (работа, услуги), не заключающаяся въ предоставленіи вещи», и трудовой договоръ въ болѣе узкомъ, «юридически и экономически существенномъ смыслѣ». Послѣдній онъ опредѣляетъ, какъ «соглашеніе, въ силу котораго одно лицо (работникъ) обязуется передъ другимъ (работодателемъ), за уплачиваемое послѣднимъ вознагражденіе, лично исполнять въ теченіе конкретно опредѣленнаго срока текущую (fortlaufend) физическую работу, требуемую постоянною (dauernd) хозяйственною цѣлью». О трудовомъ договорѣ въ широкомъ смыслѣ Ленингъ, также какъ Дернбургъ, лишь упоминаетъ, не выясняя ни его юридической природы, ни его практическаго значенія.

---

[1]) Das bürg. Recht Bd. II Abt. I, стр 431. Принципіально противъ такого общаго понятія высказывается Crome: Part. Rechtsg. 33 Anm. 2: Ich fürchte, dass diese Verschmelzung ein noch viel verschwommeneres Gebilde zu Tage fördern würde, als die Begriffsbestimmung des Werkvertrags im Bürgerlichen Gesetzbuch angeblich sein soll.

[2]) Handw. der Staatsw. сл «Arbeitsvertragsbruch».

Первая попытка всесторонняго догматическаго освѣщенія этого понятія сдѣлана Филиппомъ Лотмаромъ въ неоднократно цитированномъ нами двухтомномъ сочиненіи Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches [1]). Этотъ ученый пошелъ по пути, предуказанному Эндеманомъ. Онъ задался цѣлью «подвести общій фундаментъ» подъ договоры, имѣющіе своимъ предметомъ трудъ человѣка. Общепринятый способъ изложенія одного за другимъ отдѣльныхъ законныхъ типовъ, безотносительно къ общимъ всѣмъ имъ чертамъ, Лотмаръ считаетъ нецѣлесообразнымъ, ибо, «отвлекая отъ трудового договора, какъ цѣлаго», онъ ведетъ только къ лишнимъ повтореніямъ. Свое изслѣдованіе, онъ поэтому посвящаетъ «трудовому договору, какъ родовой категоріи (Gattung)», пользуясь положительнымъ законодательствомъ объ отдѣльныхъ его видахъ лишь «какъ матеріаломъ для построенія цѣлаго, возвышающагося надъ типами» (т. I, стр. 28 и 29). Впрочемъ Лотмаръ для указанной цѣли пользуется не одними матеріалами положительнаго права, а восполняетъ ихъ данными, добытыми путемъ «анализа фактическихъ обстоятельствъ и условій, окружающихъ трудовой договоръ и сопровождающихъ его заключеніе». Въ незнакомствѣ съ послѣдними и въ трудности ихъ изученія для юристовъ Лотмаръ видитъ одну изъ главныхъ причинъ неудовлетворительной постановки вопроса въ наукѣ гражданскаго права (тамъ-же, стр. 24).

Тщательный анализъ этихъ матеріаловъ приводитъ автора къ заключенію, что всякій договоръ о трудѣ,—независимо отъ свойствъ обѣщанной дѣятельности и отъ экономическаго положенія сторонъ содержитъ два элемента: обѣщаніе работы и обѣщаніе вознагражденія. Со-

[1]) См. мою рецензію въ Журн. Мин. Юст. янв. 1909 г., стр. 285, а также мою статью въ Правѣ за 1908 г. № 26, стр. 1485 сл.

образно съ этимъ онъ опредѣляетъ договоръ о трудѣ, какъ «взаимный обязательственный договоръ, коимъ одна сторона обѣщаетъ исполненіе работы и другая—уплату вознагражденія».

Для юридической природы всѣхъ безъ исключенія договоровъ о трудѣ, учитъ Лотмаръ, «существенно» лишь то обстоятельство, что ихъ предметомъ является обѣщаніе работы за вознагражденіе. Работа не есть имущество. Исполняющій ее по договору совершаетъ не Aufwendung, а Zuwendung, онъ не тратитъ принадлежащихъ ему имущественныхъ благъ, а создаетъ извѣстныя блага—матеріальныя или нематеріальныя—для другого. Обѣщающій работать вводитъ въ договоръ не свое имущество, а свою личность, которую онъ тѣмъ самымъ подвергаетъ различнымъ стѣсненіямъ и опасностямъ. Обѣщать работу можетъ также неимущій и это обстоятельство придаетъ трудовому договору специфическое значеніе. «Существованіе неимущихъ работниковъ тѣсно связано съ полученіемъ вознагражденія и потому они, въ силу своего положенія, чрезвычайно заинтересованы не лишаться вознагражденія и не получать его по частямъ или несвоевременно. Такъ какъ ихъ рабочая сила, какъ часть ихъ жизненныхъ силъ и какъ источникъ ихъ труда, является для нихъ одновременно средствомъ и цѣлью, они не менѣе заинтересованы въ томъ, чтобы она не оставалась безъ примѣненія, не растрачивалась и не подвергалась злоупотребленію и опасностямъ. Тотъ и другой интересъ ставятся ими на карту при заключеніи трудового договора; на ихъ охрану правовая нормировка этого договора можетъ оказать большое вліяніе» (стр. 11). Ея задачу Лотмаръ видитъ въ томъ, чтобы обезпечить такимъ работникамъ, насколько это возможно средствами гражданскаго права, безпрерывное пользованіе своею рабочею силою въ формахъ, соотвѣтствующихъ ихъ экономическимъ и культурнымъ нуж-

дамъ, и полученіе заработанныхъ денегъ своевременно и полностью. Совершенно ясно, что приведенныя разсужденія Лотмара относятся не ко всѣмъ договорамъ о трудѣ, а лишь къ тѣмъ, характеръ и правовыя послѣдствія которыхъ опредѣляются прежде всего элементомъ связанности личности работника. Но этого элемента онъ не включилъ и не могъ включить въ свое опредѣленіе «родового понятія о трудовой сдѣлкѣ», потому что послѣднее обнимаетъ только признаки, общіе всѣмъ ея видамъ.

Для родового понятія только характерно сочетаніе двухъ основныхъ элементовъ—работы и вознагражденія. Этимъ сочетаніемъ «трудовой договоръ» въ Лотмаровскомъ смыслѣ отличается отъ всѣхъ другихъ договорныхъ типовъ, въ томъ числѣ отъ тѣхъ, съ которыми его сближаетъ тотъ или другой общій признакъ. Такъ напр. въ договорѣ товарищества также иногда встрѣчается обѣщаніе труда, но не «за вознагражденіе», а въ видѣ взноса въ общее дѣло для общей цѣли. Вознагражденіе обѣщается также при куплѣ-продажѣ и при наймѣ вещей. По предметомъ этихъ договоровъ могутъ быть только блага, «обладающія качествомъ вещей или представляющія собою аналогію вещей» [1]). Трудовымъ же договоромъ рабочая сила не отчуждается и не отдается въ непосредственное пользованіе работодателю: послѣднему только предоставляется извѣстное «вліяніе на собственное употребленіе (Selbstgebrauch) рабочей силы со стороны ея обладателя» (тамъ же, стр. 50).

Обѣщаніе работы и вознагражденія единственные «существенные» элементы трудового договора. Остальные могутъ имѣть значеніе для даннаго конкретнаго случая, но не для родового понятія о трудовомъ договорѣ (стр. 217). Ими, поясняетъ Лотмаръ, либо точнѣе опредѣляется свой-

[1]) Ср. Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht II, стр. 117.

ство работы и вознагражденія, либо модифицируются и осложняются нормальныя правовыя послѣдствія, либо прибавляются какія нибудь новыя обязательства.

Послѣ этихъ разсужденій можно было ожидать изложенія общихъ юридическихъ принциповъ, на которыхъ построенъ «трудовой договоръ, какъ цѣлое», правовыхъ началъ, примѣнимыхъ ко всякому обѣщанію работы и вознагражденія. Но въ обширныхъ главахъ, посвященныхъ выясненію природы и значенію каждаго изъ этихъ элементовъ, Лотмаръ такихъ общихъ началъ не указываетъ. Онъ встрѣчаетъ непреодолимое препятствіе въ томъ обстоятельствѣ, что положительному праву и практической жизни такое отвлеченное родовое понятіе о трудовомъ договорѣ неизвѣстно. Они знаютъ только отдѣльные типы договоровъ о трудѣ, изъ коихъ одни (законные) нормируются каждый порознь, безъ внутренней связи, а другіе (нерегулированные, бытовые) не составляютъ предмета особой законодательной нормировки. Ни съ однимъ изъ этихъ типовъ построенный Лотмаромъ трудовой договоръ не совпадаетъ. Въ тоже время они настолько самостоятельны и разрозненны, что, по крайней мѣрѣ на почвѣ дѣйствующаго права, не могутъ быть сведены къ единому общему понятію.

Лотмару поэтому приходится искать посредствующаго звена между построеннымъ имъ родовымъ понятіемъ и существующими видами трудовыхъ договоровъ. Онъ находитъ его въ двухъ «основныхъ формахъ» соотношенія между вознагражденіемъ и работою, встрѣчающихся въ практической жизни. Вознагражденіе, говоритъ Лотмаръ, уплачивается либо за работу вмѣстѣ съ сопровождающимъ ее результатомъ (аккордное), либо за работу безотносительно къ ея результату, за работу въ теченіе извѣстнаго періода времени, извѣстной продолжительности (вознагражденіе по времени). Съ этою разницею, по его мнѣнію, связаны важнѣйшія особенности правовыхъ послѣдствій и

потому цѣлесообразная классификація договоровъ о трудѣ должна исходить изъ дѣленія ихъ на Akkordverträge и Zeitlohnverträge. Ниже (гл. IV) мы подробнѣе остановимся на оцѣнкѣ этой классификаціи.

Обширное изслѣдованіе Лотмара посвящено главнымъ образомъ выясненію юридическаго значенія этихъ двухъ основныхъ формъ и отношенія къ нимъ дѣйствующаго германскаго законодательства. Къ родовому понятію трудового договора онъ возвращается только тогда, когда требуется отмежеваніе какого-нибудь договора о трудѣ отъ сдѣлки, принадлежащей къ другой юридической категоріи. Опредѣленіе Лотмара логически безупречная абстракція, освобожденная отъ всѣхъ акцидентальныхъ—(по терминологіи Лотмара «несущественныхъ»)—элементовъ. Но авторъ самъ признаетъ, что оно не составляетъ proximum genus, изъ котораго per genus et differentiam могли бы быть выводимы опредѣленія существующихъ въ жизни типовъ трудовыхъ договоровъ. Общія начала, на которыхъ, по его мнѣнію, должно быть построено ученіе о трудовомъ договорѣ, выводятся имъ не непосредственно изъ родового понятія, а изъ природы «основныхъ формъ», точнѣе изъ свойственнаго каждой изъ нихъ специфическаго элемента, *отсутствующаго* въ опредѣленіи родового понятія. Вѣдь работа «въ теченіе извѣстнаго времени» и работа, «связанная съ извѣстнымъ результатомъ», это не логическія подраздѣленія категоріи «работа», а только осложненія этого понятія присоединеніемъ посторонняго ему элемента: масштабовъ времени и результата. И тоже самое можно сказать о вознагражденіи «по времени» и «по результату». Тѣмъ самымъ понятіе трудового договора, установленное Лотмаромъ, утрачиваетъ значеніе «родового» по отношенію къ отдѣльнымъ видамъ и фактически превращается въ собирательное названіе,

обнимающее двѣ самостоятельныя группы договоровъ о трудѣ.

Опредѣленіе Лотмара лишній разъ подтверждаетъ то положеніе, что логическое совершенство юридическихъ построеній не можетъ быть добыто цѣною ихъ цѣлесообразности и жизненности. «Отъ точки зрѣнія логическаго завершенія понятій,—говоритъ Зигвартъ (Логика, т. I, стр. 280)—слѣдуетъ отдѣлять точку зрѣнія цѣлесообразности образованія понятій, которая состоитъ въ связи съ задачами классификаціи какой-либо опредѣленной области данныхъ объектовъ. Понятіе можетъ быть логически вполнѣ безупречнымъ и все-же, по сравненію съ другимъ понятіемъ, менѣе пригоднымъ для того, чтобы служить потребностямъ науки». Цѣнность и цѣлесообразность родовыхъ понятій въ наукѣ права и въ законодательствѣ зависятъ отъ того, входятъ-ли въ ихъ составъ всѣ элементы, имѣющіе значеніе опредѣляющихъ и типичныхъ факторовъ для обнимаемыхъ ими явленій. Съ этой точки зрѣнія опредѣленіе Лотмара должно быть признано неудовлетворительнымъ. Имъ выдвигаются только признаки трудового договора, какъ оборотной сдѣлки, только предметы, которыми стороны обмѣниваются, т. е. работа и вознагражденіе. Элементъ личной связанности, имѣющій преобладающее значеніе для большинства трудовыхъ договоровъ, отнесенъ къ разряду «несущественныхъ» только потому, что понятіе трудового договора мыслимо безъ него. Лотмаръ самъ обстоятельно выяснилъ въ введеніи къ первому тому, что наиболѣе характерный признакъ договоровъ о трудѣ заключается именно въ потенціальной связи работы съ личностью работника, въ томъ, что послѣдній обѣщаетъ не имущество, а проявленіе рабочей силы. Но въ свое опредѣленіе трудового договора онъ этого признака не вводилъ ради законченности логической абстракціи.

Неудача попытки Лотмара конструировать понятіе трудового договора не умаляетъ его заслуги и отнюдь не подрываетъ значенія сказаннаго выше о преимуществахъ обособленія договоровъ о трудѣ въ системѣ гражданскаго права въ отдѣльную категорію. Онъ вслѣдъ за Эндеманомъ ярко и обстоятельно выяснилъ экономическую и этическую разницу между обѣщаніемъ работы и предоставленіемъ имущества и значеніе этой разницы для гражданскаго права. Онъ съ неотразимой убѣдительностью доказалъ необходимость ихъ систематическаго размежеванія Вмѣстѣ съ тѣмъ онъ предложилъ группировку правовыхъ нормъ, посвященныхъ договорамъ о трудѣ. вокругъ двухъ «основныхъ формъ». Эта группировка, правда, клиномъ врѣзывается въ законные типы договоровъ о трудѣ и, какъ мы увидимъ, страдаетъ крупными недостатками. Но Лотмаръ впервые указалъ главнѣйшія условія успѣшнаго изслѣдованія юридической природы трудовыхъ договоровъ. Таковыми являются ихъ обособленіе отъ договоровъ объ имуществѣ и группировка по признакамъ, дѣйствительно опредѣляющимъ ихъ структуру и характеръ. Первымъ возводится необходимая въ интересахъ культуры грань, отдѣляющая пользованіе трудомъ человѣка отъ пользованія другими благами, не связанными съ его личностью. Вторая составляетъ единственный правильный путь для выясненія природы трудовыхъ сдѣлокъ и надлежащей ихъ классификаціи, составляющей существеннѣйшее условіе для ихъ цѣлесообразной правовой нормировки. Пусть исходной точкою для послѣдней служатъ не общіе признаки, свойственные всѣмъ договорамъ о трудѣ, а признаки групповые, присущіе только дѣйствительно одинаковымъ и близкимъ по своей природѣ трудовымъ отношеніямъ. Этимъ не умаляется и не ослабляется сила доводовъ, приведенныхъ Лотмаромъ въ пользу его основной мысли о принципіальной необходи-

мости для науки и закона считаться съ соціально-этическими и экономическими особенностями труда, какъ предмета договора, въ виду ихъ потенціальнаго значенія для всякой трудовой сдѣлки.

Мы пойдемъ по пути, намѣченному Лотмаромъ, но не ставимъ себѣ столь обширной задачи, какъ этотъ ученый, и расходимся съ нимъ въ опредѣленіи «основныхъ формъ». Наше изслѣдованіе не охватываетъ всей области договоровъ о трудѣ или «трудового договора» въ Лотмаровскомъ смыслѣ. Его предметъ — преобладающій въ практической жизни типъ трудовыхъ отношеній, вытекающихъ изъ подчиненія рабочей силы одного человѣка цѣлямъ и власти другого — «трудовой договоръ» въ тѣсномъ смыслѣ [1]). Но прежде чѣмъ приступить къ его догматическому анализу, которому будетъ посвящена вторая часть нашей работы, мы должны доказать, что такой договоръ дѣйствительно существуетъ и въ хозяйственной жизни имѣетъ то значеніе преобладающаго договорнаго типа, которое мы ему приписываемъ, должны отыскать его корни въ прошломъ и опредѣлить его положеніе въ современномъ правѣ. Сообразно съ этимъ мы въ ближайшихъ главахъ остановимся на экономическихъ и историческихъ основаніяхъ трудовыхъ договоровъ и на ихъ положеніи въ законодательствѣ и въ наукѣ гражданскаго права.

---

[1]) Болѣе распространенное названіе «рабочій договоръ» вызываетъ представленіе о сдѣлкѣ, заключаемой представителями опредѣленнаго соціальнаго класса (рабочими), и потому мы по примѣру проф. Ельяшевича (см. Право за 1907 г. № 3), предпочитаемъ терминъ «трудовой договоръ».

ГЛАВА II.

Основные типы договоровъ о трудѣ.

Правовая жизнь, несмотря на разнообразіе интересовъ и потребностей и на широкій просторъ, предоставленный индивидуальному самоопредѣленію въ области частнаго права, протекаетъ въ болѣе или менѣе однообразныхъ формахъ. Подражаніе, психическое взаимодѣйствіе и, главное, необходимость для отдѣльныхъ лицъ сообразовывать въ собственномъ интересѣ свои поступки, въ качествѣ хозяйствующихъ субъектовъ и членовъ общежитія, съ дѣйствіями другихъ лицъ, естественно приводятъ къ образованію типовъ правоотношеній и правовыхъ институтовъ т. е. комплексовъ отношеній, составляющихъ, какъ предметъ правовой нормировки, одно цѣлое [1]).

Въ области договорныхъ отношеній тенденція правовой жизни къ выработкѣ такихъ типичныхъ формъ пріобрѣтаетъ особенное значеніе въ виду того, что тутъ современныя законодательства намѣренно отказываются отъ исчерпывающей нормировки въ смыслѣ установленія numerus clausus [2]). Они останавливаются только на главнѣйшихъ сложившихся въ хозяйственной жизни, видахъ сдѣлокъ, не отрицая въ тоже время юридической силы соглашеній, не укладывающихся ни въ одинъ изъ особо

---

[1]) Ср. Regelsberger Pandekten стр. 73: Die Rechtsinstitute sind die rechtlich geordneten Grundformen, in denen sich das Gemeinleben bewegt.

[2]) Это въ настоящее время можно считать общепризнаннымъ. Ср. Puchta Pandekten (10 Aufl. 1836) стр. 360 сл. Неправильно Endemann: Lehrb. d. bürg. Rechts (8 Aufl.) стр. 908, прим. 15: Die Anerkennung eines neuen Schuldverhältnisses setzt eine es bestätigende Norm des objektiven Rechts voraus.

предусмотрѣнныхъ закономъ типовъ. Принципъ договорной свободы, усвоенный всѣми дѣйствующими кодексами, означаетъ санкцію правотворческой силы оборота, насколько ея проявленіе не нарушаетъ велѣній или запретовъ положительнаго права и не выходитъ за предѣлы его дѣйствія.

Цивилистическая наука не можетъ ограничиться изученіемъ договорныхъ типовъ, составляющихъ предметъ особой законодательной нормировки. Она должна удѣлить не меньше вниманія встрѣчающимся въ жизни типичнымъ формамъ сдѣлокъ, непосредственно не предусмотрѣннымъ официальнымъ правомъ, короче говоря, нерегулированнымъ типамъ юридическихъ сдѣлокъ, нерѣдко не уступающимъ по своему практическому значенію самымъ распространеннымъ изъ законныхъ видовъ. Въ занимающей насъ области договоровъ о трудѣ жизнь особенно быстро и интенсивно эволюціонируетъ. Давно опередивъ законодательство, она проявляетъ усиленное творчество, двигаясь во многихъ отношеніяхъ по совершенно новымъ путямъ. Невозможно при такихъ условіяхъ исходить изъ завѣдомо неправильнаго предположенія, будто писаннымъ правомъ исчерпываются господствующіе въ жизни виды трудовыхъ сдѣлокъ и на этомъ основаніи уклоняться отъ изученія остальныхъ, не менѣе важныхъ и дѣйствительныхъ, правовыхъ явленій.

Къ сожалѣнію, однако, непосредственное отысканіе фактически преобладающихъ въ жизни типовъ правовыхъ формъ и ихъ отличительныхъ признаковъ для юриста чрезвычайно затрудняется отсутствіемъ планомѣрныхъ наблюденій надъ ними. Статистическія изслѣдованія до послѣдняго времени не задавались вопросомъ, въ какія правовыя формы облекаются бытовыя отношенія и насколько послѣднія совпадаютъ съ институтами писаннаго

права или удаляются отъ нихъ [1]). Отдѣльному же изслѣдователю восполненіе этого пробѣла не по силамъ. Единственный пока открытый для него путь— обращеніе къ наукамъ, изучающимъ ex professo законы общественной жизни. Договоры о трудѣ въ громадномъ большинствѣ случаевъ преслѣдуютъ хозяйственныя цѣли, въ нихъ облекаются экономическія отношенія, анализъ которыхъ составляетъ прямую задачу экономическихъ наукъ. Но тутъ мы наталкиваемся на новое препятствіе, вытекающее изъ различія задачъ и методовъ экономическихъ и юридическихъ наукъ. Экономисты, при разработкѣ и классификаціи своихъ наблюденій, при выясненіи взаимоотношенія экономическихъ явленій и ихъ закономѣрности, исходятъ изъ другихъ точекъ зрѣнія и ставятъ себѣ другія задачи, чѣмъ юристы. Сообразно съ этимъ изучаемыя явленія разсматриваются тѣми и другими въ разныхъ плоскостяхъ и подъ неодинаковымъ угломъ зрѣнія [2]). Въ

---

[1]) Замѣною такой статистики не могутъ служить ни сборники судебныхъ рѣшеній, ибо до суда доходитъ лишь ничтожное количество возникающихъ въ жизни правовыхъ вопросовъ, ни матеріалы, содержащіеся въ нотаріатахъ и т. под. архивахъ, такъ какъ громадное большинство сдѣлокъ совершается безъ участія должностныхъ лицъ. Болѣе всего выясненію и познанію правового быта способствуютъ анкеты, но они къ сожалѣнію, составляютъ въ области частнаго права на Западѣ довольно рѣдкое, а у насъ совершенно исключительное явленіе и не могутъ быть осуществляемы въ сколько нибудь значительномъ масштабѣ частными лицами. Въ послѣднее время въ Австріи и въ Германіи дѣлались попытки вводить собираніе такихъ свѣдѣній въ учебный планъ юридическихъ факультетовъ въ видѣ «семинарія для изученія бытового права». Объ этихъ, заслуживающихъ вниманія университетскихъ преподавателей, попыткахъ см. Martin Wolf въ Jurist. Wochenschr. за 1906 г. № 20, Segall въ Archiv für bürg. Recht т. XXXII, стр. 410 (Das bürgerliche Recht und die Lebensgewohnheiten), Ehrlich въ Jahrb. für Gesetzg., за 1911 г. стр. 129 (Die Erforschung des lebendigen Rechts), Verhandl. des 31 deutschen Juristent. т. II, стр. 201 сл., Sperl, Institut für angewandtes Recht (1912) и Zeitschrift fur Hochschulpädagogik т. III, стр. 69 сл.

[2]) Объ отношеніи права къ народному хозяйству см. предисловіе Рошера у Данкварта: Nationalökonomische und civilistische Studien (1862), Stammler, Wirtschaft uud Recht nach der materialistischen Geschichtsauffas-

результатѣ между обѣими науками создалась мѣшающая планомѣрному научному сотрудничеству разобщенность, усугубляемая несогласованностью научной терминологіи Ни та, ни другая не пользуется въ той мѣрѣ, въ какой бы это могло бы имѣть мѣсто, для своихъ цѣлей результатами, добытыми въ смежной области. Все это, однако, какъ мы надѣемся доказать, не исключаетъ возможности для юриста черпать изъ богатой сокровищницы экономической литературы чрезвычайно цѣнныя и полезныя указанія на свойство и природу изучаемыхъ имъ явленій.

Опредѣленіемъ фактически преобладающихъ въ жизни типовъ трудовыхъ сдѣлокъ и отысканіемъ критеріевъ для классификаціи, соотвѣтствующей ихъ назначенію и роли въ хозяйственномъ быту, наша задача не исчерпывается. Ими только подготовляется почва для анализа правовыхъ началъ, коимъ по своему характеру и цѣли должны подчиняться изучаемыя нами трудовыя отношенія. Выполненіе этой задачи относительно трудового договора въ тѣсномъ смыслѣ составитъ предметъ второй—догматической—части этой работы. Въ настоящей главѣ (II) мы только еще остановимся на предварительномъ вопросѣ: откуда могутъ и должны быть почерпнуты эти начала?

I.

Человѣческому труду, какъ фактору хозяйственной жизни, въ изслѣдованіяхъ экономистовъ-теоретиковъ и въ экономической политикѣ отводится широкое мѣсто. Но ихъ мало интересуетъ природа отношеній, возникающихъ на почвѣ пользованія чужимъ трудомъ, и, въ част-

---

sung (1906) (есть русскій перев.), Его-же: Gerechtigkeit in der Volkswirtschaft въ Jahrbuch f. Gesetz und Verw. 1881 г., Berolzheimer System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie т. II § 7.

ности, правовыхъ формъ, въ которыя они облекаются. Трудъ объективируется, отдѣляется отъ личности и изучается главнымъ образомъ какъ элементъ производства и какъ предметъ оборота. Исходя изъ представленія о трудѣ, какъ объектѣ, обмѣнивающемся на рынкѣ на другія цѣнности, экономисты большею частью вполнѣ послѣдовательно видятъ въ договорѣ о трудѣ мѣновую сдѣлку, а именно разновидность купли-продажи. Они говорятъ о «продажѣ» рабочимъ своего труда, не считаясь съ тѣмъ, что такое словоупотребленіе идетъ въ разрѣзъ съ установившеюся въ законодательствѣ и въ юридической наукѣ терминологіею. И это дѣлается не вслѣдствіе незнакомства съ нею, а вполнѣ сознательно [1]). Именно товарный характеръ труда и мѣновой элементъ, присущій найму труда, служатъ имъ отправными точками для ряда теоретическихъ и соціально-политическихъ построеній.

Отъ экономистовъ, изучавшихъ реальныя явленія жизни, не могла конечно укрыться коренная разница между положеніемъ наемныхъ работниковъ и другихъ лицъ, участвующихъ въ мѣновомъ оборотѣ. Выясненіе этой разницы не только поколебало ученіе, что отношенія между рабочими и нанимателемъ исчерпываются и опредѣляются обмѣномъ труда на деньги; оно побудило многихъ совершенно отказаться отъ сравненія труда съ товаромъ и трудового договора съ куплею-продажею.

Уже Гаррисонъ [2]) въ 60-хъ годахъ прошлаго столѣтія возсталъ противъ причисленія труда къ товарамъ, указавъ на то, что трудъ—не осязательная или видимая вещь,

---

[1]) См. напр. Cauwès: Précis du cours d'économie politique (1881) Vol. 1 p. 5: Qu'elle qu'en soit la nature juridique, les économistes appellent *échanges* des divers contrats, dans lesquels se rencontre la réciprocité des services. (Примѣчаніе): La vente, le louage de choses, le louage d'industrie, le prêt à l'interêt, etc. sont des échanges au point de vue économique.

[2]) Frederic Harrison въ Fortnightly Review vol. III, стр. 49 сл.

что онъ не можетъ перемѣщаться иначе, какъ вмѣстѣ съ обладателемъ рабочей силы, что, наконецъ, рабочій, ищущій занятій, не добивается обмѣна продуктовъ, а соединенія съ другими лицами для производительной дѣятельности. Онъ не обязуется «продавать», а работать. Отсюда Гаррисонъ заключаетъ, что трудъ вообще не принадлежитъ къ предметамъ, которые можно продавать за опредѣленную цѣну.

Доводы Гаррисона противъ взгляда на трудовую сдѣлку, какъ на куплю-продажу труда, показались позднѣйшимъ изслѣдователямъ этого вопроса мало убѣдительными. Настаивая на томъ, что рабочій «продаетъ» свой трудъ, они, однако, въ тоже время еще болѣе рѣзко и краснорѣчиво, чѣмъ Гаррисонъ, подчеркивали особенности труда, какъ товара, и положенія рабочаго, какъ «продавца» своего труда. Такъ напр. Торнтонъ [1]) въ своемъ изслѣдованіи о трудѣ указываетъ, что трудъ, въ отличіе отъ другихъ товаровъ, не поддается сбереженію (will not keep). Всякій другой товаръ ничего не теряетъ ни въ качествѣ, ни въ количествѣ отъ того, что онъ пролежитъ нѣкоторое время, трудъ же пропадаетъ каждую минуту, пока онъ остается неиспользованнымъ, ибо то, что сегодня не продается, уже завтра продано быть не можетъ. Простой физическій трудъ (manual labour) отправляется почти всегда бѣдными людьми, а неимущій работникъ, у котораго нѣтъ сбереженій, не можетъ выжидать, не продавая своего труда, какъ бы тяжелы ни были предложенныя условія, ибо иначе онъ не имѣетъ, чѣмъ жить. Это ставитъ «покупателей труда» въ исключительно выгодное положеніе.

Болѣе полный и блестящій анализъ особенностей труда, какъ товара, дастъ Брентано, неоднократно воз-

---

[1]) Thornton: «On labour», стр. 70 и сл. (есть русскій переводъ).

вращающійся къ этому вопросу въ своихъ сочиненіяхъ [1]). «Что такое трудъ?—спрашиваетъ Брентано.—Пользованіе рабочею силою. А рабочая сила ничто иное, какъ самый человѣкъ, направляющій умъ, тѣло и сердце на пріобрѣтеніе хозяйственныхъ благъ. Трудъ, слѣдовательно ничто иное, какъ пользованіе самимъ человѣкомъ». Когда въ пользованіе отдается вещь (капиталъ), то этимъ на время предрѣшается ея судьба и устанавливается господство надъ нею пользователя въ смыслѣ возможности непосредственнаго воздѣйствія на нее. При этомъ не только *пользованіе выгодами* (Kapitalnutzung) имѣетъ рыночную цѣну и отчуждается какъ товаръ, но и самый источникъ выгодъ (капитальная вещь) составляетъ товаръ, т. е. предметъ, отдѣлимый отъ личности его владѣльца и произведенный для опредѣленной цѣли. При продажѣ труда источникъ его, рабочая сила, также поступаетъ въ чужое пользованіе, но *сама она уже не является товаромъ, ибо она «неотдѣлимая часть человѣческой личности, составляющей самоцѣль и центръ всей хозяйственной жизни»*. Нужно еще прибавить, замѣчаетъ Брентано, что продавецъ другихъ товаровъ, кромѣ нихъ, еще обладаетъ по меньшей мѣрѣ своею рабочею силою: продавецъ же труда часто, кромѣ нея, ничего не имѣетъ, и потому вынужденъ безпрерывно продавать свой трудъ. Это лишаетъ его возможности вліять на опредѣленіе условій сдѣлки. Продажа другихъ товаровъ совершенно не затрагиваетъ личности и личной жизни продавца. Трудовой договоръ, наоборотъ, есть не только купля-продажа, «но въ то же время договоръ, устанавливающій отношеніе господства (ein Herrschafts-

---

[1]) Brentano: «Die Arbeitergilden der Gegenwart», III, стр. 5 и сл.; его-же: «Das Arbeitsverhältnis gemäss dem heutigen Recht», стр. 183 и сл. и Die gewerbliche Arbeiterfrage въ Schönberg's Handbuch der polit. Oecon.» (1-е изд.), стр. 921 и сл.

verhältnis) надъ личностью продавца и опредѣляющій предѣлы этого господства» [1]).

Приведемъ еще мнѣніе нашего извѣстнаго экономиста проф. М. И. Туганъ-Барановскаго [2]). «Въ формальномъ отношеніи договоръ о наймѣ рабочаго не отличается принципіально отъ всякаго другого договора найма, а является такимъ-же мѣновымъ актомъ, какъ и купля-продажа любого товара». Указанная Брентано и Торитономъ разница между рабочею силою и остальными товарами, по мнѣнію г. Туганъ-Барановскаго, лишена принципіальнаго значенія. Но между ними все-же есть разница и очень существенная. Она заключается въ томъ, что рабочая сила возникаетъ не хозяйственнымъ способомъ, а въ процессѣ жизнедѣятельности человѣка, для котораго хозяйственный процессъ является лишь средствомъ, а не наоборотъ: человѣкъ не средство для хозяйственнаго процесса. «Рабочая сила, хотя она для капиталиста и является такимъ же средствомъ производства, какъ и всѣ другія, для рабочаго,—носителя и создателя этой силы,—не средство, а самоцѣль. Рабочій, за предѣлами рынка и у себя дома, живетъ не для того, чтобы создавать рабочую силу капиталисту, а для себя, для удовлетворенія своихъ потребностей».

Изъ разницы между трудомъ и другими «товарами» экономисты дѣлаютъ различные выводы. Одни (Брентано) основываютъ на немъ соціально-политическую программу уравненія «продавцовъ труда» съ другими продавцами посредствомъ признанія за ними свободы коалиціи и развитія профессіональныхъ организацій, другіе принимаютъ

---

[1]) Schönberg's Handbuch, стр. 922.

[2]) Туганъ-Барановскій: «Основы политической экономіи» (2-е изд.), стр. 357 и сл. Ср. также Зелигманъ: «Основы политической экономіи», стр. 338.

ее за исходную точку для построенія теоріи заработной платы и т. д. Для юриста и законодателя изъ того, что трудъ человѣка неразрывно связанъ съ его личностью, что сдѣлки о трудѣ нерѣдко фактически устанавливаютъ власть работодателя надъ личностью работника, что сущность этихъ сдѣлокъ не исчерпывается и не опредѣляется содержащимся въ нихъ мѣновымъ элементомъ, прежде всего съ совершенною очевидностью вытекаетъ необходимость провѣрить, пріемлемо ли, какъ юридическая конструкція, распространенное въ экономической литературѣ подведеніе трудового договора (экономисты имѣютъ въ виду, главнымъ образомъ, договоры, заключаемые промышленными рабочими съ предпринимателями) подъ куплю-продажу, допустимо-ли примѣненіе къ этому договору по аналогіи всѣхъ или нѣкоторыхъ постановленій о куплѣ-продажѣ?

Мы видѣли, что представленіе о «куплѣ-продажѣ труда» построено на мысли, что рабочій, нанимаясь, пускаетъ въ оборотъ свой трудъ, свою рабочую силу, обмѣнивая ихъ на деньги. Отчуждаемые имъ предметы тѣмъ самымъ пріобрѣтаютъ свойство «товара» въ смыслѣ объекта мѣнового оборота. Правовою-же формою для обмѣна имущественныхъ благъ на деньги служитъ купля-продажа; слѣдовательно трудовой договоръ только разновидность послѣдней. Съ юридической точки зрѣнія такое разсужденіе не можетъ быть признано убѣдительнымъ. Не всякій предметъ, который можно оцѣнивать и—въ экономическомъ смыслѣ—обмѣнивать на деньги, тѣмъ самымъ способенъ служить объектомъ купли-продажи. Таковымъ могутъ быть только блага (вещи и матеріализованныя права), поддающіяся отчужденію, въ смыслѣ полнаго отдѣленія отъ правовой сферы продавца, и пріобщенію къ чужой имущественной сферѣ (mutatio dominii). Отчужденіе въ указанномъ смыслѣ составляетъ эмпирическую цѣль

купли-продажи въ отличіе отъ предоставленія другому (за денежный эквивалентъ) выгодъ, безъ отчужденія ихъ источника. Трудъ не матеріальная величина и не можетъ быть матеріализованъ, если только его не смѣшивать съ продуктами труда. Онъ состоитъ въ проявленіи рабочей силы, неотдѣлимой фактически отъ работника, и къ нему, какъ мы видѣли (стр. 22), указанное представленіе о переходѣ изъ одной сферы обладанія въ другую, объ «отчужденіи» въ техническомъ смыслѣ, не приложимо. Усвоеніе терминологіи экономистовъ, составляющей въ сущности метафору, поведетъ только къ стушеванію указаннаго выше различія, весьма важнаго и цѣннаго для юридической систематики, а для юриспруденціи отнюдь не составитъ выигрыша [1]).

Всякій взаимный договоръ содержитъ элементъ обмѣна, но не всякій можетъ разсматриваться, какъ мѣна или купля-продажа. Наука гражданскаго права при классификаціи договорныхъ типовъ пользуется иными, болѣе точными и дробными критеріями. Въ частности договоры, связывающіе человѣка относительно пользованія и распоряженія своимъ имуществомъ, кореннымъ образомъ отличаются отъ тѣхъ, коими онъ ограничивается въ пользованіи и распоряженіи своею личностью. При томъ значеніи, какое по понятіямъ современнаго культурнаго общества имѣетъ свобода личности, договоры о трудѣ, устанавливающіе частичное господство надъ нею, не должны смѣшиваться съ «товарными сдѣлками», направленными на оборотъ цѣнностей, и между ними не можетъ быть никакой аналогіи. «Здоровое гражданское

---

[1]) «Политическая экономія и юриспруденція, говоритъ Регельсбергеръ (Jahrb. f. Dogmat. 52, стр. 427), находятся въ близкихъ отношеніяхъ, но стушевываніе границы между ними перенесеніемъ понятій изъ одной области въ другую, безъ критики, не можетъ приносить пользы ни той, ни другой наукѣ».

право, по словамъ маститаго германскаго цивилиста Отто Гирке [1]), должно вездѣ, гдѣ договорнымъ обязательствомъ захватывается самая личность, ставить ее въ центрѣ. И это прежде всего, прибавляетъ онъ, относится къ договору личнаго найма, насколько имъ не порождается мимоходное соприкосновеніе на почвѣ отдѣльныхъ услугъ, а весь человѣкъ связывается опредѣленными задачами».

Лишь модификаціей только что изложеннаго ученія является высказанный въ французской литературѣ взглядъ, что рабочій, заключая договоръ найма, продаетъ *будущіе продукты своего труда*. Это, конечно, не тоже самое, что «продажа труда». Сторонники этой концепціи исходятъ изъ трудовой теоріи собственности, вѣрнѣе, изъ тѣхъ началъ естественнаго права, на которыхъ она построена [2]). Но они на этомъ не останавливаются, а пытаются обосновать предложенную ими конструкцію на положительномъ правѣ, а именно на постановленіяхъ французскаго кодекса объ акцессіи и спецификаціи (art 565—577) [3]).

Едва-ли эта теорія заслуживаетъ серьезнаго вниманія. Ея авторы сами признаютъ, что она примѣнима только къ договорамъ, коими работникъ обязуется къ производству «продукта», и что въ такіе договоры, кромѣ продажи будущаго продукта труда, входятъ еще и другіе элементы. Но и въ этихъ предѣлахъ акцессія и спецификація тутъ совершенно не причемъ. Ни та, ни другая не составляютъ даже юридической сдѣлки, а юридическіе факты иной

[1]) Sociale Aufgabe d. Privatrechts. S. 32.

[2]) См. формулировку этихъ началъ у Chatelain: «De la nature du contrat entre ouvrier et entrepreneur» (Paris, 1902) стр. 43: Le travail est le fondement de la propriété». «Chacun a naturellement droit au fruit de son travail. La partie d'un produit qui est le résultat du travail de quelqu'un appartient selon l'équité naturelle a celui, dont le travail l'a fait». Ср. его-же статью въ Revue trim. de droit civ. за 1904 г. стр. 312 и Goldenberg: «De la nature juridique des contrats de travail». Thése (Génève, 1908) стр. 98.

[3]) Особенное значеніе придается ссылкѣ въ art. 565 на équité naturelle.

категоріи (событіе, натуральное дѣйствіе). Законъ связываетъ съ непроизвольнымъ или произвольнымъ присоединеніемъ вещей одного лица къ имущественной сферѣ другого, при извѣстныхъ условіяхъ, переходъ права собственности на эти вещи. Представленіе объ акцессіи приложимо только къ тѣлеснымъ вещамъ [1]). Спецификація предполагаетъ «добросовѣстную» [2]) переработку чужой вещи *для себя* т. е. съ намѣреніемъ пріобрѣсти переработанную (новую) вещь въ собственность. Работникъ-же обѣщаетъ приложеніе своей рабочей силы за опредѣленное вознагражденіе къ чужой хозяйственной сферѣ. Все, что въ этой сферѣ производится, по дѣйствующему праву принадлежитъ ея хозяину съ самаго начала, совершенно независимо отъ согласія фактическаго работника. Послѣдній остается неизмѣннымъ обладателемъ своей рабочей силы, но, насколько онъ ее проявляетъ на основаніи договора, онъ это завѣдомо дѣлаетъ въ чужомъ интересѣ. За свою работу, а не за ея продукты, онъ получаетъ вознагражденіе. Намѣреніе пріобрѣсти соотвѣтственную цѣнности его труда часть производимыхъ продуктовъ ему совершенно чуждо: онъ вовсе не смотритъ на себя, какъ на спецификатора, и на свою дѣятельность, какъ на способъ созиданія для себя новыхъ объектовъ собственности.

Квалификація договора между работодателемъ и работникомъ, какъ купли-продажи труда, не можетъ считаться общепризнанною въ экономической литературѣ. Нѣкоторые экономисты указываютъ, что присущій этому договору

---

[1]) Это считается въ французской литературѣ безспорнымъ. См. напр. Huc, Comment. théor. et prat. къ art. 565: Nous ferons seulement une observation: c'est que ces règles concernent uniquement les meubles corporels et sont sans application aux meubles incorporels.

[2]) См. Dalloz Répertoire § 638, Pand. Windscheid-Kipp § 187 № 3. Иначе герм. BGB. § 951.

мѣновой элементъ не имѣетъ рѣшающаго значенія для характера порождаемыхъ имъ отношеній. Такое значеніе, по ихъ мнѣнію, имѣетъ только общность интересовъ работодателя и рабочаго, ихъ объединеніе для совмѣстнаго *организованнаго сотрудничества*. «Ядро трудового отношенія, — говоритъ напр. Эренбергъ [1]), — состоитъ именно въ томъ, что предприниматель и рабочій являются органами предпріятія и имѣютъ общій интересъ въ его преуспѣяніи, гораздо болѣе дѣйствительный, чѣмъ существующіе между ними противоположные интересы». Заключаемый ими договоръ, слѣдовательно, долженъ разсматриваться, какъ разновидность товарищескаго договора. Уже много раньше Эренберга этотъ взглядъ подробно развивалъ Бастіа [2]). По его мнѣнію, договоръ между работодателемъ и рабочимъ представляетъ собою «усовершенствованную ассоціацію». На первыхъ порахъ сотрудничество между людьми происходило такимъ образомъ, что всѣ они участвовали въ рискѣ и прибыляхъ предпріятія. Но «такъ какъ людямъ вообще свойственны стремленіе къ обезпеченному существованію и опредѣленному доходу и желаніе не подвергаться риску», многіе предпочитаютъ участію въ прибыляхъ и убыткахъ заранѣе обезпеченный доходъ, не зависящій отъ результатовъ общаго дѣла. Построенный на этой мысли traité a forfait нѣсколько модифицируетъ характеръ обыкновеннаго товарищества, но все-же можетъ разсматриваться, какъ договоръ товарищества.

Однако существенная разница между подобною association à forfait и обыкновеннымъ товариществомъ (société pure et simple) не могла остаться незамѣченною. Leroy-Beaulieu [3]) сводитъ ее къ тремъ пунктамъ: 1) рабочему,

---

[1]) Ehrenberg: «Arbeitsverhältnis und Arbeitsgemeinschaft» въ «Thünen-Archiv», II, стр. 186.

[2]) Bastiat: «Harmonies économiques» (2-е изд.), ch. XIV.

[3]) «Précis d'économie politique», стр. 165 и сл.

не имѣющему сбереженій, нельзя выжидать результатовъ предпріятія; 2) онъ не участвуетъ въ рискѣ предпріятія, ибо не можетъ свое вознагражденіе ставить въ зависимость отъ исхода дѣла, не имъ созданнаго и не имъ контролируемаго; 3) онъ оказываетъ предпріятію содѣйствіе вполнѣ опредѣленное, однообразное и легко поддающееся учету и оцѣнкѣ, а потому имѣетъ право на заранѣе опредѣленное вознагражденіе, независимо отъ конечныхъ результатовъ предпріятія.

Не взирая на эти коренныя различія, всетаки находятся французскіе писатели [1]), настаивающіе на томъ, что этимъ договоромъ, наряду съ другими послѣдствіями, устанавливается между сторонами настоящее товарищество въ юридическомъ смыслѣ этого слова.

Нѣсколько инымъ путемъ къ тому же выводу относительно природы отношеній между работодателемъ и рабочимъ приходитъ австрійскій ученый Эмиль Штейнбахъ [2]). Не всѣ сдѣлки, говоритъ онъ, имѣютъ своимъ предметомъ возмездную или безвозмездную отдачу вещей въ собственность или въ пользованіе или исполненіе опредѣленныхъ работъ и услугъ за вознагражденіе. Не всѣ поэтому могутъ быть отнесены къ категоріи мѣновыхъ или дарственныхъ актовъ. Въ жизни нерѣдко заключаются сдѣлки, направленныя не на предоставленіе имущественныхъ благъ, а на созданіе или восполненіе субъекта хозяйства, на «хозяйственную организацію». Одною изъ главнѣйшихъ формъ такой «организаціи» и является «восполненіе субъекта хозяйства подчиненными ему вспомогательными силами» посредствомъ договора.

---

[1]) Наприм., «Chatelain», ук. соч. Goldenberg, ук. соч.

[2]) Emil Steinbach: «Rechtsgeschäfte der wirtschaftlichen Organisation», стр. 2 и 87. Ср. его-же: Genossenschaftliche und herrschaftliche Verbände и Erwerb und Beruf., а также Georg v. Mayr: «Die Pflicht im Wirtschaftsleben (1900).

Но не всегда, говоритъ Штейнбахъ, «пользованіе чужимъ трудомъ можетъ быть квалифицировано, какъ органическое восполненіе субъекта. Договоры личнаго найма и подряда по существу являются сдѣлками объ обмѣнѣ имущественныхъ цѣнностей и съ организаціонными договорами ничего общаго не имѣютъ». Для «органическаго трудового договора», прототипомъ котораго является договоръ съ чиновникомъ (Beamtenvertrag), характерно то, что одною стороною при исполненіи договорныхъ обязанностей руководитъ чувство долга и профессіональное призваніе (Beruf), а другою - необходимость обезпечить контрагенту въ интересахъ дѣла матеріальное существованіе. По мнѣнію Штейнбаха, количество трудовыхъ договоровъ, приближающихся къ этому типу, въ современной жизни постоянно растетъ и между ними и договорами, направленными только на наживу (Erwerb), очень большая разница.

Взглядъ на отношеніе между работодателемъ и рабочимъ, какъ на «хозяйственную организацію», построенъ на той-же мысли и томъ-же противопоставленіи, какъ теорія модифицированной ассоціаціи. Есть договоры о трудѣ, направленные на прочное соединеніе контрагентовъ для организованнаго сотрудничества, и есть такіе, сущность которыхъ исчерпывается обмѣномъ благъ.

Юридическою формою для произвольной организаціи коллективныхъ хозяйственныхъ субъектовъ служитъ договоръ товарищества. Поэтому изложенный взглядъ на трудовой договоръ, какъ на «органическую» сдѣлку, также неминуемо приводитъ къ его отождествленію или сближенію съ товариществомъ.

Привлеченіе путемъ договора «подчиненныхъ вспомогательныхъ силъ», однако, отнюдь не равносильно «образованію и восполненію субъекта хозяйства». Къ организаціи правового субъекта предпріятія этотъ договоръ вообще

никакого отношенія не имѣетъ. Собственникъ послѣдняго, нанимая рабочихъ или служащихъ, ни на іоту не поступается своими хозяйскими правами и не дѣлитъ ихъ съ нанятыми имъ лицами.

Не всякое организованное сотрудничество и не всякая ассоціація въ экономическомъ смыслѣ съ точки зрѣнія права составляютъ товарищество. Для послѣдняго одного факта соединенія нѣсколькими лицами своихъ силъ и средствъ недостаточно и отнюдь не безразлично, въ какую правовую форму оно облекается. При трудовомъ договорѣ работникъ предоставляетъ работодателю свою рабочую силу для осуществленія *его* цѣлей; самъ же онъ пріобрѣтаетъ взамѣнъ только право на вознагражденіе. Товарищескій договоръ направленъ на осуществленіе *общей* цѣли. Имъ создается нейтральная сфера, куда участники вносятъ свои вклады и изъ которой они извлекаютъ свои выгоды. Правда, вкладъ товарища можетъ заключаться въ обѣщаніи труда, а вознагражденіе работника при трудовомъ договорѣ иногда состоитъ въ долѣ прибыли. Но и въ этихъ случаяхъ, все-же, какъ мы уже указывали (стр. 38), рѣшающее значеніе имѣетъ вопросъ, куда долженъ вноситься обѣщанный трудъ и откуда получаться прибыль, создана-ли договоромъ нейтральная сфера или обѣщанная дѣятельность касается лишь хозяйственной сферы одной стороны,—работодателя. Квалификація трудового договора, какъ товарищества, совершенно лишена почвы, когда нѣтъ сомнѣнія, что дѣятельность обѣщана исключительно для другого и что работникъ непосредственно преслѣдуетъ одну только цѣль: получить вознагражденіе за свой трудъ.

Мы убѣдились, что представленія, изъ которыхъ исходятъ изложенныя теоріи, а именно о продажѣ труда или продуктовъ труда, объ ассоціаціи между работникомъ и работодателемъ, объ организаціи субъекта хозяйства, не

уясняютъ намъ юридической природы трудового отношенія и почвою для юридической конструкціи служить не могутъ. Въ разсмотрѣнныхъ ученіяхъ, однако, содержится весьма цѣнное для насъ указаніе. Всѣ они исходятъ изъ эмпирически установленнаго, безспорнаго факта существованія обширной группы трудовыхъ сдѣлокъ, экономическая и юридическая сущность которыхъ не исчерпывается обмѣномъ работы на деньги. Отличительный признакъ этой группы, обнимающей всѣ виды трудового договора, одни усматриваютъ въ вовлеченіи личности работника въ оборотъ вслѣдствіе неотдѣлимости отъ нея «товара—труда». Другіе видятъ его въ томъ, что этимъ договоромъ стороны органически связываются въ одно соціальное цѣлое, въ коллективный хозяйствующій субъектъ. Но всѣ согласны въ томъ, что этими признаками опредѣляется экономическій характеръ не всякаго найма труда, а только опредѣленной категоріи трудовыхъ сдѣлокъ. Наша ближайшая задача поэтому будетъ заключаться въ выясненіи того, при наличности какихъ бытовыхъ условій отношеніе между нанимателемъ и нанявшимся принимаетъ такой характеръ, какъ и какими критеріями въ хозяйственной жизни можно опредѣлить область трудового договора въ указанномъ смыслѣ и отмежевать ее отъ остальныхъ договоровъ о трудѣ.

Какъ извѣстно, въ дѣйствующихъ законодательствахъ нѣкоторымъ видамъ трудового договора посвящены спеціальныя узаконенія. Они приспособлены къ опредѣленнымъ отраслямъ хозяйственной жизни и, въ предѣлахъ каждой отрасли, примѣняются лишь къ опредѣленной категоріи трудящихся. Возникаетъ слѣдовательно необходимость въ точномъ указаніи отличительныхъ признаковъ той хозяйственной отрасли или того круга лицъ, для которыхъ данный спеціальный законъ предназначенъ.

Каждому знакомому съ литературою этого вопроса и съ судебною практикою извѣстно, какія непреодолимыя трудности встрѣчаются при разрѣшеніи этой задачи. Онѣ вызваны тѣмъ, что сфера примѣненія спеціальныхъ законовъ создалась исторически въ зависимости отъ тѣхъ или иныхъ бытовыхъ условій, а не отъ юридической природы совершаемыхъ въ ней сдѣлокъ. Правда, въ каждой отрасли хозяйственной жизни можно отмѣтить преобладаніе тѣхъ или другихъ типичныхъ отношеній и, насколько рѣчь идетъ о наймѣ труда, тѣхъ или другихъ специфическихъ особенностей, встрѣчающихся менѣе часто или вовсе не замѣчаемыхъ въ другихъ отрасляхъ. Для фабричной промышленности, напримѣръ, характерны сложность производства и вытекающій отсюда строгій и однообразный внутренній порядокъ, особыя формы вознагражденія, особое распредѣленіе рабочаго времени и т. д. Въ домашнемъ хозяйствѣ обычное явленіе составляетъ поступленіе нанявшагося въ домъ нанимателя и подчиненіе его домашней власти, въ торговлѣ—участіе служащихъ не только во внутренней дѣятельности хозяина, но также въ его сношеніяхъ съ третьими лицами и т. д. Всѣ эти особенности имѣютъ для гражданскаго права существенное значеніе, какъ типичные моменты, осложняющіе составъ и видоизмѣняющіе послѣдствія договора. Но такое ихъ значеніе совершенно не зависитъ отъ того, въ какой отрасли хозяйства мы ихъ встрѣчаемъ.

Для опредѣленія круга лицъ, на которыхъ распространяется дѣйствіе спеціальныхъ нормъ, въ законодательствѣ и въ литературѣ обыкновенно прибѣгаютъ къ бытовымъ терминамъ, не имѣющимъ строго техническаго характера, какъ напримѣръ: рабочіе, служащіе, подмастерья, прикащики и др. Но не только ихъ точное разграниченіе, даже вопросъ объ отличительныхъ признакахъ каждой

изъ обозначаемыхъ группъ [1]) до сихъ поръ еще не разрѣшенъ удовлетворительно. Такъ, по весьма распространенному мнѣнію [2]), рабочій отличается отъ служащаго тѣмъ, что механически исполняетъ заданную ему,—преимущественно физическую,—работу, въ то время, какъ служащій участвуетъ въ распорядительной дѣятельности хозяина или даже всецѣло осуществляетъ ее вмѣсто него. Но отступленія отъ этого правила въ жизни такъ многочисленны, что строить на немъ научную или законодательную классификацію невозможно. Экономическое и правовое положеніе низшихъ служащихъ гораздо ближе къ положенію рабочаго, чѣмъ къ положенію высшаго служащаго, такъ что и практически это дѣленіе цѣли не достигаетъ.

Другіе исходятъ изъ свойствъ обѣщанной дѣятельности, изъ противопоставленія высшаго или умственнаго низшему или физическому труду. Первый отличается тѣмъ, что требуетъ спеціальной подготовки, доступной только имущимъ классамъ, и въ соціальномъ отношеніи приближаетъ работника къ работодателю [3]). Однако прежде всего самыя понятія «высшій», «низшій» трудъ чрезвычайно неопредѣленны. Если вмѣстѣ съ проф. Туганъ-Барановскимъ [4]) держаться взгляда, что второй имѣетъ преимущественно мускульный характеръ и не требуетъ особо продолжительнаго предварительнаго обученія, мы

[1]) Такъ напр. высшіе служащіе нерѣдко для статистическихъ цѣлей противопоставляются низшимъ, какъ «самостоятельные». Ср. Classen: «Die soziale Berufsgliederung»; Швиттау: «Профессіи и занятія населенія», статью Zahn'a въ Handw. d. Staatswiss. (3-е изд.) подъ словомъ «Beruf».

[2]) Ср. Schmoller: «Grundriss», I, стр. 367; II, стр. 265; Harms въ «Handw. d. Staatsw.» (3-е изд.), слово «Arbeit», стр. 578.

[3]) См. Cohen: «Die geistige Arbeit und ihre Vergeltung» въ «Schr. d. sozialwiss. Vereins der Univ. München», Heft 7; А. Вольскій: «Умственный рабочій».

[4]) «Основы», стр. 376. Ср. также Hess: «Einfache und höhere Arbeit».

оставляемъ вопросъ открытымъ, куда отнести физическій трудъ, требующій продолжительной подготовки, наприм., трудъ хирурга, и куда умственный трудъ, не предполагающій спеціальныхъ знаній, наприм.. конторщика или чтеца. Если же по примѣру Левенфельда [1]), въ основаніе разграниченія класть общественную оцѣнку труда, мы имѣемъ дѣло съ факторомъ, мѣняющимся въ зависимости отъ культурныхъ и этическихъ воззрѣній общества, и неодинаковымъ у различныхъ его слоевъ. Кромѣ того, гдѣ бы не проводить демаркаціонную черту между высшимъ и низшимъ трудомъ, нельзя отрицать существованія значительнаго контингента неимущихъ умственныхъ тружениковъ, экономическое положеніе которыхъ едва ли многимъ лучше положенія рабочаго пролетаріата. Но допустимъ, что бо́льшая матеріальная обезпеченность умственныхъ тружениковъ составляетъ общее правило. И тогда отсюда можно только заключить, что они, какъ договорная сторона, менѣе нуждаются въ законодательной охранѣ своего труда. Но отсюда еще не слѣдуетъ, что совершаемые ими трудовые договоры имѣютъ другой юридическій характеръ, чѣмъ договоры лицъ, обѣщающихъ физическій трудъ. Противъ такого вывода говорятъ также данныя практической жизни. Мы нигдѣ не видимъ, чтобы работодатели для найма «высшаго труда» прибѣгали къ другимъ правовымъ формамъ, чѣмъ при наймѣ «низшаго труда».

Изъ сказаннаго вытекаетъ, что тѣ критеріи, которыми опредѣляется сфера дѣйствія спеціальныхъ узаконеній о наймѣ труда, не могутъ быть использованы для научной или законодательной классификаціи. Область трудового договора не совпадаетъ ни съ опредѣленною отраслью хозяйственной дѣятельности, ни съ опредѣленною соціальною группою трудящихся.

---

[1]) Loewenfeld въ »Gutachten aus d. Anwaltstande», стр. 889 и сл.

Въ экономической и соціально-политической литературѣ послѣдняго времени на это не разъ указывалось и дѣлались попытки иначе опредѣлить тѣ фактическія обстоятельства, при наличности которыхъ договоръ о трудѣ утрачиваетъ характеръ обыкновеннаго обмѣна услугъ и вознагражденія. При оцѣнкѣ ихъ пригодности для юридической классификаціи и характеристики договоровъ о трудѣ необходимо имѣть въ виду слѣдующее: Всякая научная классификація преслѣдуетъ опредѣленную практическую цѣль и въ извѣстной мѣрѣ ею опредѣляется. Тѣ критеріи, на которые указываютъ экономисты, сами по себѣ могутъ имѣть большое значеніе, но не вызывать необходимости въ различной правовой нормировкѣ. И даже тогда, когда имъ приписывается значеніе для права, рѣчь идетъ большею частью объ обстоятельствахъ, которыми обусловливается степень необходимости въ охранѣ труда. Насъ-же въ данный моментъ интересуетъ вопросъ, гдѣ въ жизни проходитъ граница между отношеніями, составляющими предметъ трудового договора, какъ самостоятельнаго договорнаго типа, и остальными договорами о трудѣ. Сообразно съ этимъ мы и будемъ останавливаться только на указаніяхъ, представляющихъ интересъ съ этой точки зрѣнія.

Очень часто высказывается мнѣніе, что характеръ договора и его правовой нормировки связанъ всецѣло съ экономическимъ положеніемъ нанявшагося. Въ экономическомъ неравенствѣ сторонъ и въ зависимости работника усматриваютъ отличительный признакъ «трудового договора», какъ особаго вида трудовыхъ сдѣлокъ. «Для понятія рабочаго договора,—говоритъ, наприм., А. Н. Миклашевскій [1]),—характерны... зависимость и подчиненность не

---

[1]) «Арбитражъ и соглашеніе въ промышленныхъ спорахъ», (Юрьевъ 1907), стр. 70 прим.

личнаго характера, а зависимость экономическая, правильно повторяющаяся въ рядѣ производительныхъ и мѣновыхъ операцій, благодаря которой данное лицо и не можетъ получить никакого другого дохода, кромѣ заработной платы того или иного размѣра».

Мы, конечно, не отрицаемъ, что контингентъ лицъ, нанимающихся по рабочему договору, составляется преимущественно изъ людей неимущихъ, экономически зависимыхъ, и что это обстоятельство имѣетъ огромное значеніе, вызывая настоятельную необходимость въ болѣе интенсивной законодательной охранѣ ихъ интересовъ. Въ области гражданскаго права первымъ шагомъ въ этомъ направленіи и должно быть выясненіе особенностей этого договора по сравненію съ трудовыми сдѣлками, въ которыхъ преобладаетъ мѣновой элементъ. Но все же невозможно исходить изъ предположенія, что такой договоръ заключается только неимущими лицами или что неимущіе отдаютъ свой трудъ только въ этой формѣ. Поэтому въ законѣ этимъ признакомъ нельзя опредѣлить область примѣненія нормъ о трудовомъ договорѣ. Еще менѣе возможно предоставить суду примѣнять въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ тѣ или другія нормы, смотря по экономическому положенію лицъ, отдающихъ свой трудъ.

Болѣе конкретно ту же мысль выражаютъ экономисты, предлагающіе класть въ основаніе классификаціи трудовыхъ договоровъ признаки самостоятельности или несамостоятельности лица, обѣщающаго свой трудъ, причемъ, однако, эти термины употребляются различными авторами въ неодинаковомъ смыслѣ.

Одни имѣютъ въ виду положеніе, занимаемое обѣщавшимъ работу по отношенію къ работодателю. Когда онъ вслѣдствіе договора утрачиваетъ свою самостоятельность въ качествѣ хозяйствующаго субъекта, мы, по ихъ мнѣнію, имѣемъ дѣло съ однимъ видомъ трудовыхъ сдѣлокъ; когда

онъ ее сохраняетъ,—съ другимъ. Лифманъ [1]), развивая это ученіе, приводитъ, какъ наиболѣе характерный примѣръ несамостоятельнаго контрагента, фабричнаго рабочаго, который при заключеніи договора «всецѣло подчиняется экономическому господству работодателя, на время предоставляетъ ему всю свою рабочую силу и тѣмъ самымъ становится звеномъ въ его хозяйственномъ производствѣ, экономически мало отличающимся отъ машины» (стр. 33). Сущность несамостоятельности Лифманъ усматриваетъ въ «неспособности выступать въ мѣновомъ оборотѣ или при распредѣленіи благъ въ качествѣ дѣйствующаго лица (Funktionär) вслѣдствіе подчиненности господству работодателя» (стр. 43).

Мы видѣли, что на неспособность работника къ хозяйственному самоопредѣленію указывали уже Торнтонъ, Брентано и др., какъ на *причину* ихъ невыгоднаго положенія при «продажѣ ими своего труда». У Лифмана ходъ мыслей какъ разъ обратный: хозяйственная несамостоятельность работника составляетъ *послѣдствіе* заключеннаго имъ договора. Трудовымъ договоромъ, или, какъ онъ выражается, договоромъ личнаго найма (въ противоположность подряду), лицо, обѣщавшее свой трудъ, ставится въ зависимое положеніе отъ нанимателя, и это положеніе лишаетъ его способности самостоятельно функціонировать въ качествѣ хозяйствующаго субъекта. Однако всякій трудовой договоръ, какова бы ни была его юридическая природа, можетъ либо поглотить всѣ силы и средства обязаннаго лица, не оставляя никакого простора для другой хозяйственной дѣятельности, либо не

[1]) Liefmann: «Ueber Wesen und Formen des Verlags» въ «Volksw. Abhandl. der badischen Hochschulen», III, H. 1. См. по поводу этого ученія Swaine въ «Schmoller's Jahrb. für Nat. und Stat.» т. XXIV (1900) стр. 308 сл., Sombart въ Arch. für soz. Gesetzg. Bd. 14, S. 320, № 3, и Rümelin: «Dienstvertrag und Werkvertrag» стр. 23.

поглощать ихъ цѣликомъ безъ остатка. Подрядчикъ иногда едва справляется съ исполненіемъ одного заказа и совершенно лишенъ возможности заниматься еще чѣмъ-нибудь другимъ. Наоборотъ, служащіе и рабочіе, дѣятельность которыхъ занимаетъ только часть рабочаго дня, нерѣдко попутно отправляютъ еще какой-нибудь промыселъ. Можно только сказать, что это явленіе исключительное, что обратное составляетъ общее правило и норму, но нельзя судить по возможности или невозможности для работника отправлять еще какую нибудь хозяйственную дѣятельность сверхъ той, къ которой онъ обязался, о природѣ заключеннаго имъ договора.

Иначе понимаетъ самостоятельность Розинъ [1]). Анализируя экономическіе моменты, опредѣляющіе характеръ трудового договора, онъ, въ противоположность Лифману, не придаетъ рѣшающаго значенія тому, становится ли отдающій свой трудъ въ силу договора несамостоятельнымъ или нѣтъ. Существенно, по его мнѣнію, лишь то, въ какомъ качествѣ онъ заключилъ договоръ, въ качествѣ самостоятельнаго или несамостоятельнаго лица. «Кто самостоятельно, т. е. отъ собственнаго имени, по собственному рѣшенію и, слѣдовательно, большею частью за собственный рискъ участвуетъ опредѣляющимъ образомъ (bestimmend) въ общемъ процессѣ хозяйственнаго производства цѣнностей (въ производствѣ въ самомъ широкомъ смыслѣ слова), тотъ является предпринимателемъ даже тогда, когда онъ по частноправовому договору обращаетъ свою дѣятельность или ея результатъ въ пользу другого». Но тотъ, кто безъ собственнаго рѣшенія, несамостоятельно исполняетъ работы, указываемыя ему чужой волею, тотъ находится въ положеніи «рабочаго»,

---

[1]) Rosin: «Recht der Arbeiterversicherung», I, стр. 151 и сл., II, стр. 31 и сл.

въ состояніи хозяйственной пассивности, которое законъ обозначаетъ выраженіемъ «быть занятымъ». Несмотря на столь обстоятельное опредѣленіе [1]), Розинъ признаетъ, что въ отдѣльныхъ конкретныхъ случаяхъ разрѣшеніе вопроса о самостоятельности лица, отдающаго свой трудъ, можетъ представлять большія трудности. Онъ поэтому перечисляетъ цѣлый рядъ дополнительныхъ признаковъ, которые должны быть приняты во вниманіе. Таковы, наприм., степень личной связанности при исполненіи работы, обслуживаетъ ли нанявшійся одно лицо или кліентелу, владѣетъ ли онъ капиталомъ, несетъ ли онъ рискъ, пользуется ли вспомогательными рабочими силами, обѣщана ли имъ дѣятельность сама по себѣ въ формѣ личнаго найма или результатъ дѣятельности въ формѣ подряда и др.

Уже это множество привходящихъ обстоятельствъ, съ которыми Розинъ совѣтуетъ считаться при пользованіи предложеннымъ имъ критеріемъ, доказываетъ, насколько онъ неопредѣленъ. И эта неопредѣленность еще усиливается вслѣдствіе отсутствія въ экономической наукѣ общепризнаннаго опредѣленія понятія о предпринимателѣ. Мнѣнія расходятся до того, что одни разумѣютъ подъ предпринимателемъ только главу и организатора капиталистическаго предпріятія [2]), другіе—всякаго, кто, обладая необходимыми элементами производства, даетъ имъ за собственный счетъ и рискъ опредѣленное назначеніе. По словамъ Брентано, даже «всякій рабочій, про-

---

[1]) Ту-же мысль Розинъ въ другомъ мѣстѣ (т. II, стр. 32) выражаетъ короче такимъ образомъ: «Кто самостоятельно, по собственной волѣ участвуетъ въ общемъ процессѣ народнаго хозяйства, назначая себѣ самъ задачи (zwecksetzend), тотъ предприниматель. Кто безъ собственнаго рѣшенія, несамостоятельно совершаетъ указываемыя ему чужой волею работы, тотъ—рабочій въ самомъ широкомъ смыслѣ слова».

[2]) См. напр. Piersdorf въ «Handw. der Staatsw.» (2-е изд.). сл. «Unternehmer», Philippowich: «Grundriss», стр. 111, 113 и сл.

дающій свой трудъ работодателю, является предпринимателемъ» [1]). Розинъ держится средняго взгляда, отождествляя предпринимателя съ экономически самостоятельнымъ субъектомъ хозяйства. Какъ сторона въ трудовомъ договорѣ, предприниматель, по его мнѣнію, отличается отъ «рабочаго» 1) тѣмъ, что онъ отъ собственнаго имени, опредѣляя самъ свои задачи, участвуетъ въ общемъ процессѣ народнаго хозяйства, и 2) тѣмъ, что обѣщанная имъ дѣятельность составляетъ въ то же время часть отправляемыхъ имъ «по собственной волѣ» предпринимательскихъ функцій.

Въ теоріи Розина содержится, какъ мы увидимъ, весьма существенное для гражданскаго права указаніе. Но въ ней не разграничиваются народно-хозяйственное положеніе лица, отдающаго свой трудъ, въ смыслѣ принадлежности къ классу предпринимателей или рабочихъ, и его положеніе, какъ договорной стороны въ каждомъ конкретномъ случаѣ. Между тѣмъ эти моменты могутъ не совпадать. Предприниматель и рабочій въ народнохозяйственномъ смыслѣ могутъ заключать различные договоры, могутъ разновременно или даже одновременно занимать различное положеніе по отношенію къ отдѣльнымъ работодателямъ. Поэтому критеріи, предложенные Розинымъ, для нашей цѣли нуждаются въ дополненіи и могутъ быть приняты только съ нѣкоторыми оговорками.

Мы не будемъ продолжать нашего обзора, хотя, разумѣется, далеко не исчерпали имѣющихся въ литературѣ указаній на хозяйственные моменты, вліяющіе на природу трудового отношенія. Безспорно, установленнымъ и общепризнаннымъ, кажется, можно считать одно: существованіе обширной категоріи трудовыхъ сдѣлокъ, юридическая природа которыхъ не только не исчерпывается,

[1]) См. Brentano: «Der Unternehmer», (Volkswirtsch. Zeitfragen H. 225), стр. 19.

но даже нисколько не опредѣляется тѣмъ, что въ нихъ содержится мѣновой элементъ, происходитъ обмѣнъ труда на деньги. Но каковы положительные признаки этихъ сдѣлокъ, чѣмъ они отличаются отъ другихъ договоровъ о трудѣ? Такихъ признаковъ въ экономической литературѣ указывается нѣсколько, но мы видѣли, что ни одинъ изъ нихъ, отдѣльно взятый, не можетъ быть перенесенъ въ область гражданскаго права и непосредственно использованъ, какъ критерій для опредѣленія круга отношеній, составляющихъ содержаніе трудового договора. Однако всею совокупностью указаній, извлеченныхъ изъ анализа относящихся сюда явленій хозяйственной жизни, на нашъ взглядъ, достаточно ясно и опредѣленно намѣчается путь къ разрѣшенію этой задачи.

Потребность въ чужомъ трудѣ въ практической жизни удовлетворяется путемъ договора двоякимъ образомъ: или работа обѣщается работникомъ въ видѣ собственной хозяйственной дѣятельности, обособленной отъ дѣятельности работодателя (предпринимательскій трудъ), или работодатель пріобрѣтаетъ право, въ теченіе извѣстнаго времени и въ опредѣленныхъ границахъ, располагать чужою рабочею силою, какъ орудіемъ своей хозяйственной дѣятельности, направляя ее по своему усмотрѣнію (служебный трудъ). Въ послѣднемъ случаѣ работникъ въ соотвѣтственныхъ предѣлахъ на время ограничивается въ своемъ хозяйственномъ самоопредѣленіи. Отправляемая имъ по договору дѣятельность экономически составляетъ дѣятельность работодателя, осуществляемую черезъ него, а не его собственную. Правовою формою для такого приспособленія рабочей силы одного человѣка къ задачамъ другого и служитъ трудовой договоръ. Первый признакъ этого договора, слѣдовательно, состоитъ въ томъ, что нанявшійся *предоставляетъ свою рабочую силу на время* въ пользу предпріятія или хозяйства другого лица, увели-

чивая тѣмъ самымъ запасъ средствъ или энергіи, которымъ это лицо можетъ располагать для осуществленія своихъ цѣлей.

Этимъ, однако, съ точки зрѣнія права, отнюдь не создается новый «коллективный субъектъ хозяйства». Сліяніе въ одно «соціальное цѣлое», о которомъ говорятъ нѣкоторые ученые, сводится фактически къ *подчиненію рабочей силы* и — въ извѣстной мѣрѣ — личности работника *хозяйской власти*. Ниже мы попытаемся выяснить и опредѣлить сущность этой власти. Замѣтимъ только 1) что ея юридическое содержаніе въ настоящее время сводится къ праву работодателя назначать и указывать работу въ предѣлахъ, установленныхъ соглашеніемъ сторонъ, и требовать отъ лицъ, занятыхъ въ его домѣ, хозяйствѣ или предпріятіи, приспособленія ими своего поведенія къ лежащимъ на нихъ обязанностямъ и къ установленному хозяиномъ внутреннему порядку: 2) что съ хозяйскою властью неразрывно связаны хозяйскія обязанности, составляющія ея логическій и соціально-политическій коррелатъ.

Въ практической жизни нерѣдко и предпринимательская дѣятельность цѣликомъ посвящается опредѣленному работодателю въ теченіе извѣстнаго времени и должна быть согласуема съ его указаніями и съ установленнымъ имъ порядкомъ. Таковымъ, напр., бываетъ положеніе торговаго агента, комиссіонера, монтера и другихъ самостоятельныхъ работниковъ, когда они обслуживаютъ только одного работодателя. Существенное значеніе поэтому пріобрѣтаетъ третій признакъ—*несамостоятельность работника*, но не въ смыслѣ зависимости отъ даннаго работодателя или принадлежности къ опредѣленному соціальному классу, или «положенія, занимаемаго въ общемъ процессѣ народнаго хозяйства». Для гражданскаго права непосредственное значеніе имѣетъ только разница между обѣща-

ніемъ услугъ, составляющихъ предметъ промысла, отправляемаго работникомъ по «собственному плану и рѣшенію», или вообще источникъ планомѣрно добываемыхъ имъ доходовъ, и предоставленіемъ своей рабочей силы на время другому лицу для выполненія тѣхъ или другихъ постоянныхъ функцій безотносительно къ собственной хозяйственной дѣятельности работника. Въ первомъ случаѣ мы имѣемъ дѣло съ самостоятельнымъ, во второмъ—съ несамостоятельнымъ работникомъ. Но подыскать соотвѣтствующіе этимъ двумъ понятіямъ юридическіе термины очень трудная задача. Терминъ «служебное положеніе», который, на нашъ взглядъ, лучше всякаго другого выразилъ бы несамостоятельность работника, какъ договорнаго контрагента, не употребляется въ столь широкомъ смыслѣ и обыкновенно не примѣняется къ промышленнымъ рабочимъ. Практически лучшій выходъ изъ этого затрудненія, быть можетъ, представляетъ формулировка проекта швейцарскаго уложенія: «договоръ, коимъ, нанимающійся обязуется работать въ качествѣ служащаго, рабочаго или ученика» [1]). Если въ послѣднихъ словахъ видѣть попытку перечислить «несамостоятельныхъ работниковъ» въ указанномъ выше смыслѣ лицъ, отправляющихъ въ исполненіе договора не собственную хозяйственную дѣятельность, а чужую, и подвести сюда прислугу и рабочихъ, занятыхъ у себя на дому раздаточными работами, тогда они—въ связи съ остальными двумя призна-

[1]) См. проектъ 1905 г. ст. 1369: Jeder Vertrag, wonach jemand als Arbeiter, Angestellter oder Lehrling einem Dienstherrn oder Arbeitgeber Dienste auf bestimmte oder unbestimmte Zeit gegen Lohn zu entrichten hat, ist als Dienstvertrag zu beurteilen. Впослѣдствіи редакція статьи была измѣнена, но и въ настоящемъ своемъ видѣ (ср. SOR. 1911 г. ст. 319) она не оставляетъ сомнѣнія, что подъ наймомъ услугъ (Dienstvertrag) подразумѣвается главнымъ образомъ трудовой договоръ, противопоставляемый обѣщанію изготовленія издѣлія (Werkvertrag) и исполненію опредѣленнаго порученія (Auftrag).

ками — довольно точно очерчивается кругъ отношеній, составляющихъ въ практической жизни предметъ трудового договора.

Мы уже говорили, что типичныя модификаціи состава и послѣдствій этого договора, встрѣчающіяся въ отдѣльныхъ отрасляхъ хозяйственной жизни, также для гражданскаго права не безразличны. Такія обстоятельства, какъ поступленіе въ домъ работодателя, аккордное вознагражденіе, вознагражденіе натурою, подчиненіе внутреннему распорядку заведенія и многія другія, не могутъ быть оставлены безъ вниманія, ибо вызываютъ несомнѣнную потребность въ особыхъ правовыхъ нормахъ. Но нѣтъ основанія ограничить предѣлы ихъ примѣненія одною какою-нибудь областью хозяйства или категоріею трудящихся, а не примѣнять ихъ каждый разъ, когда и гдѣ бы мы не встрѣчались съ подобными особенностями договорнаго отношенія.

То же слѣдуетъ сказать о принадлежности нанявшагося къ тому или другому соціальному классу. Она непосредственнаго вліянія на природу договора не оказываетъ. Ею, только, фактически опредѣляется степень потребности въ законодательной охранѣ труда, которая, правда, отчасти осуществляется также мѣрами гражданскаго права. Но, насколько послѣднее имѣетъ мѣсто, правильнѣе ставить степень охраны въ зависимость отъ болѣе конкретныхъ и опредѣленныхъ признаковъ, чѣмъ соціальное положеніе работника, какъ, напр., отъ размѣра получаемаго имъ вознагражденія, отъ свойства обѣщанной дѣятельности, продолжительности договорнаго отношенія и т. под.

Частными модификаціями, вызванными тѣми или другими особенностями трудового отношенія такимъ образомъ не затрогивается и не мѣняется природа трудового договора, какъ основного договорнаго типа, сущность

котораго заключается въ томъ, что *одно лицо обѣщаетъ за вознагражденіе приложеніе своей рабочей силы на опредѣленный или неопредѣленный срокъ къ предпріятію или хозяйству другого, въ качествѣ несамостоятельнаго работника (рабочаго, служащаго или ученика), обязуясь подчиняться, насколько это вытекаетъ изъ содержанія и цѣли договора, хозяйской власти работодателя.* При этомъ, однако, необходимо имѣть въ виду, что, какъ мы уже неоднократно указывали, эта власть не можетъ выходить изъ предѣловъ, установленныхъ положительнымъ правомъ, и неразрывно связана съ хозяйскими обязанностями.

Рядомъ съ этимъ, обнимающимъ важнѣйшіе для малоимущаго населенія виды трудовыхъ сдѣлокъ, основнымъ типомъ стоитъ другой, охватывающій не менѣе обширную область договоровъ о самостоятельномъ (въ указанномъ смыслѣ) или предпринимательскомъ трудѣ. Мы можемъ его опредѣлить какъ *договоръ, коимъ одно лицо обѣщаетъ другому опредѣленную работу, лично имъ исполняемую или имъ организуемую, безъ подчиненія хозяйской власти, а другое лицо обѣщаетъ вознагражденіе за эту работу.* И тутъ также то обстоятельство, что предметъ обѣщаннаго одною стороною дѣйствія составляетъ трудъ человѣка, далеко не безразлично. Оно ставитъ договору извѣстныя естественныя и моральныя рамки, съ которыми право не можетъ не считаться. Но это обстоятельство не имѣетъ рѣшающаго значенія для экономическаго характера и юридической структуры договора о предпринимательскомъ трудѣ. Личный элементъ тутъ не перевѣшиваетъ мѣнового или чисто имущественнаго. Рабочая сила обязаннаго не становится орудіемъ для осуществленія работодателемъ своей собственной хозяйственной дѣятельности, «составною частью производимаго имъ предпріятія» (Лотмаръ). Исполняемая по договору работа не

есть чужая дѣятельность, отправляемая черезъ него, а его собственная, отправляемая имъ для другого, по собственному хозяйственному расчету. Договоромъ этого типа не устанавливается хозяйская власть надъ работникомъ, если противное не вытекаетъ изъ уговора сторонъ или изъ конкретныхъ обстоятельствъ даннаго случая. Вознагражденіе обѣщается тутъ за опредѣленную работу и мыслится какъ эквивалентъ этой работы, а не какъ эквивалентъ возможности располагать чужою рабочею силою. Сообразно съ этимъ правовыя послѣдствія и характеръ договора мѣняются не въ зависимости отъ положенія личности обѣщавшаго работу, ибо она обыкновенно остается внѣ договорной связи, а въ зависимости отъ свойствъ и назначенія обѣщанныхъ услугъ. Связанными съ ними особенностями индивидуализируются въ дѣйствующемъ правѣ отдѣльные виды его, какъ подрядъ, порученіе или довѣренность, перевозка, издательскій, комиссіонный и прочіе договоры о предпринимательскомъ трудѣ.

Несмотря на коренную разницу между обѣими типичными правовыми формами пользованія чужимъ трудомъ, проведеніе рѣзкой грани между ними оказывается практически невозможнымъ. Въ хозяйственной жизни онѣ часто такъ близко соприкасаются и, благодаря ихъ эластичности, типичныя особенности каждой изъ нихъ въ такой мѣрѣ сглаживаются, что получаются промежуточныя формы, сильно затрудняющія ихъ точное разграниченіе. Нерѣдко также къ договорамъ одного типа присоединяются элементы другого, какъ напримѣръ въ томъ случаѣ, когда вознагражденіе рабочаго или служащаго соизмѣряется съ конкретно опредѣленною — количественно или качественно — работою, или когда самостоятельный работникъ при ея исполненіи обязанъ подчиняться указаніямъ работодателя и установленному имъ, въ качествѣ хозяина, внутреннему распорядку.

Бываютъ, договоры о трудѣ, стоящіе какъ разъ на границѣ между обоими типами. Такъ напр. на Западѣ очень распространено обѣщаніе услугъ въ качествѣ такъ наз. приходящей прислуги, являющейся на часъ или два утромъ и вечеромъ для исполненія опредѣленныхъ домашнихъ функцій и обслуживающей нерѣдко нѣсколькихъ работодателей. Не легко рѣшить вопросъ, къ какому изъ этихъ двухъ основныхъ типовъ должна быть отнесена подобная сдѣлка. Однако такая расплывчатость границъ не можетъ колебать правильности самой классификаціи. Она не препятствуетъ выработкѣ правовыхъ началъ, соотвѣтствующихъ природѣ основныхъ типовъ. Тамъ, гдѣ въ жизни нѣтъ точно и строго очерченныхъ границъ, ихъ не можетъ быть также въ правѣ и практическія затрудненія при квалификаціи междутипныхъ или смѣшанныхъ формъ неизбѣжны. Существенно то, что съ характерными признаками каждаго изъ основныхъ типовъ связывается въ нашемъ правосознаніи представленіе о специфическихъ правовыхъ послѣдствіяхъ, не свойственныхъ другому типу [1]).

---

[1]) Догматическій анализъ юридической природы трудового договора и связанныхъ съ ними правовыхъ послѣдствій будетъ нами данъ во второй части этого изслѣдованія.

Однако, чтобы не быть совершенно голословнымъ, мы попытаемся теперь-же набросить краткую схему для такого анализа въ видѣ тезисовъ, высказанныхъ пока безъ подробной мотивировки и безотносительно къ дѣйствующему праву.

Трудовымъ договоромъ устанавливается особаго рода обязательственное отношеніе, по своей юридической природѣ не соотвѣтствующее нашему обычному представленію объ обязательствѣ. Сущность его заключается въ частичномъ подчиненіи личности работника хозяйской власти работодателя. Предѣлъ послѣдней опредѣляется, кромѣ содержанія и цѣли договора, неотъемлемыми и неотчуждаемыми правами личности работника и тѣми обязанностями, съ которыми при современномъ уровнѣ правовой культуры, независимо отъ соглашенія сторонъ, неразрывно связана власть человѣка надъ человѣкомъ.

Съ каждымъ изъ указанныхъ нами элементовъ договора, опредѣляющихъ юридическую природу трудового отношенія связаны особыя право-

Гражданскимъ кодексамъ XIX вѣка ни трудовой ни предпринимательскій договоры, какъ родовые типы не извѣстны. Лишь въ послѣднее время, какъ мы увидимъ

выя начала, отличныя отъ тѣхъ юридическихъ принциповъ, на которыхъ построены договоры о самостоятельномъ трудѣ.

Нанимающійся по трудовому договору, какъ мы видѣли, обѣщаетъ предоставленіе своей рабочей силы въ пользу чужого хозяйства или предпріятія. Рабочая сила человѣка составляетъ неотдѣлимую часть его личности, слѣдовательно, нѣчто строго индивидуальное. Отсюда логически вытекаютъ слѣдующія положенія:

1) Отъ нанявшагося по трудовому договору требуется личное исполненіе; поэтому замѣна данной рабочей силы другою недопустима безъ соглашенія нанимателя По дѣйствующему закону при всякомъ договорѣ личнаго найма предполагается личное исполненіе, если противное не условлено. Но относительно предпринимательскихъ услугъ это предположеніе невѣрно и не подтверждается данными жизни. Когда при обѣщаніи такихъ услугъ, напр., ремесленникомъ не выговорено или изъ обстоятельствъ не вытекаетъ, что сторонами имѣлась въ виду дѣятельность опредѣленнаго лица, нанявшійся можетъ поручить ее своимъ помощникамъ, неся только отвѣтственность за нихъ. Въ предоставленіи *своей* рабочей силы, наоборотъ, всегда содержится обѣщаніе личнаго труда.

2) Наниматель долженъ мириться съ индивидуальными свойствами нанятой имъ рабочей силы, если онъ не былъ введенъ въ заблужденіе и ему не были гарантированы опредѣленныя качества. Отъ лица, обѣщавшаго работу въ качествѣ предпринимателя, особенно отъ профессіонала, можно ожидать извѣстнаго минимума умѣнія и опытности. Поэтому онъ за неумѣлую работу отвѣчаетъ даже тогда, когда имъ приложены посильныя старанія. Рабочему или служащему, если онъ не выдавалъ себя за спеціалиста и не скрывалъ дефектовъ своей рабочей силы, неопытность не можетъ быть вмѣнена въ вину, и наниматель можетъ требовать отъ него только посильной старательности.

3) Предоставленіе рабочей силы не то же самое, что исполненіе работы. Отъ нанявшагося по трудовому договору требуется готовность къ опредѣленной дѣятельности и проявленіе этой готовности въ исполненіемъ требуемыхъ отъ него работъ. Но когда отъ него почему-либо ничего не требуютъ или проявленіе дѣятельности встрѣчаетъ препятствія, лежащія не въ немъ и отъ него не зависящія, тогда уже одна готовность къ работѣ составляетъ исполненіе договора. Отсюда слѣдуетъ, что право рабочаго или служащаго на вознагражденіе не зависитъ отъ того, воспользовался ли работодатель его трудами или нѣтъ. Если вслѣдствіе смерти паціента, не состоится операція, хирургъ можетъ претендовать только на возмѣщеніе расходовъ и убытковъ, но не на обѣщанное вознагражденіе. Наоборотъ, больничный фельдшеръ получаетъ жалованье, хотя бы въ теченіе мѣсяца въ больницѣ не было ни одного больного.

ниже, кое-гдѣ дѣлаются первые опыты въ указанномъ направленіи. Такъ какъ постановленія дѣйствующихъ законовъ, посвященныя отдѣльнымъ типамъ договоровъ

Второй опредѣляющій моментъ въ составѣ рабочаго договора это—подчиненіе хозяйской власти работодателя. Изъ него, какъ мы уже указывали, непосредственно вытекаетъ только обязанность нанявшагося а) располагать своею рабочею силою и направлять ее согласно съ указаніями работодателя или съ поставленными имъ задачами и б) согласовать свое поведеніе, насколько это необходимо, съ обязательною для него готовностью къ работѣ и съ порядкомъ, установленнымъ работодателемъ, въ качествѣ главы дома или предпріятія. Такъ какъ отдѣлить рабочую силу отъ личности нѣтъ возможности, то силою вещей въ чужую хозяйственную сферу вовлекается вся личность работника. Однако за предѣлами, санкціонированными правомъ, личность работника не можетъ быть объектомъ чужой власти и средствомъ для чужихъ цѣлей, а признается неотчуждаемою и неприкосновенною и всякое воздѣйствіе на нее—виновное или случайное, съ его согласія или противъ его воли—является неправомѣрнымъ вторженіемъ въ чужую правовую сферу, охраняемую правопорядкомъ. Поэтому работодатель обязанъ къ возможно бережному отношенію къ личности работника и несетъ отвѣтственность за нарушеніе поставленныхъ его власти предѣловъ. Отсюда вытекаетъ рядъ очень существенныхъ положеній:

1) Наниматель долженъ ограждать личность работника отъ опасностей, сопряженныхъ съ фактическимъ нахожденіемъ его въ чужой хозяйственной сферѣ, насколько послѣдній самъ не можетъ избѣгать ихъ, не уклоняясь въ тоже время отъ исполненія лежащихъ на немъ по договору обязанностей. Изъ трудового договора для работодателя вытекаетъ какъ обязанность принимать въ этомъ направленіи всѣ зависящія отъ него мѣры, такъ и отвѣтственность за всякій ущербъ, причиненный работнику въ связи съ пользованіемъ его рабочею силою. Дѣйствующіе гражданскіе законы примѣняютъ здѣсь общее начало объ отвѣтственности за недозволенныя дѣйствія или упущенія, т. е. требуютъ наличности вины. Лишь въ нѣкоторыхъ категоріяхъ предпріятій по соціально-политическимъ соображеніямъ на работодателя, въ отступленіе отъ общихъ началъ, возлагается тяжесть доказыванія своей невиновности или такъ наз. профессіональный рискъ. По отношенію къ предпринимательскому труду, производящемуся за собственный рискъ работника, указанное общее положеніе цѣлесообразно и справедливо, но къ работникамъ, находящимся подъ хозяйскою властью, оно совершенно непримѣнимо. Ихъ дѣятельность составляетъ только форму хозяйственной дѣятельности нанимателя, на котораго непосредственно и должны ложиться весь сопряженный съ нею рискъ и всѣ послѣдствія опасностей, съ которыми она сопряжена для ея исполнителей, насколько они сами не могутъ ихъ предотвратить. Возложеніе такой отвѣтственности на работодателя за причиненный работ-

о трудѣ построены на представленіи объ обмѣнѣ услугъ на деньги, правовыя начала, относящіяся къ договорамъ о предпринимательскомъ трудѣ, построенномъ на той-же

нику ущербъ, не составляющій естественнаго и неизбѣжнаго послѣдствія пользованія его рабочею силою, имѣетъ слѣдовательно не только соціально-политическія, но также цивилистическія основанія. Оно логически вытекаетъ изъ природы хозяйственной власти.

Насколько, въ частности, отъ работодателя зависитъ опредѣленіе продолжительности и интенсивности труда, его указанія должны держаться въ тѣхъ рамкахъ, въ которыхъ рабочей силѣ не угрожаетъ опасность истощенія. Слѣдовательно, требованіе разумныхъ границъ рабочаго времени, перерывовъ и отпусковъ при продолжительномъ договорномъ отношеніи также является не только соціально-политическимъ, но и цивилистическимъ постулатомъ, вытекающимъ изъ природы трудового отношенія.

2) Результаты дѣятельности, отправляемой рабочимъ и служащимъ, принадлежатъ работодателю. Но они, исполняя свои обязанности, не лишены права и возможности попутно задаваться собственными цѣлями дѣлать собственныя наблюденія, искать путей для разрѣшенія возникающихъ у нихъ вопросовъ,—словомъ, они, какъ личности, могутъ проявлять свое духовное творчество, дѣлать изобрѣтенія или открытія, представляющія извѣстную цѣнность. Несмотря на внѣшнюю связь съ отправляемою ими по договору дѣятельностью, все то, что они изъ нея выносятъ лично для себя, составляетъ ихъ достояніе. Изобрѣтенія и открытія только тогда поступаютъ въ пользу работодателя, когда это особо выговорено въ договорѣ.

3) Наконецъ, связанность рабочей силы не можетъ принимать характера отреченія навсегда или на очень долгій срокъ отъ хозяйственнаго самоопредѣленія, принадлежащаго къ неотчуждаемымъ правамъ личности. Поэтому трудовой договоръ не можетъ быть ни пожизненнымъ, ни слишкомъ продолжительнымъ и не можетъ стѣснять будущей дѣятельности работника запрещеніемъ конкуренціи или другими способами въ степени, несовмѣстимой съ свободою самоопредѣленія.

Третій элементъ трудового договора—служебное положеніе работника, его несамостоятельность въ указанномъ выше смыслѣ осуществленія имъ чужихъ заданій, внѣ связи съ его собственною дѣятельностью какъ хозяйствующаго субъекта, — отражается прежде всего на юридической природѣ вознагражденія.

1. Предоставивъ свою рабочую силу въ пользу другого, подчинивъ ее на время чужимъ интересамъ, работникъ лишенъ возможности пользоваться ею для непосредственнаго удовлетворенія своихъ потребностей, для добыванія средствъ къ жизни. Источникомъ его матеріальнаго существованія становится получаемая имъ заработная плата, пріобрѣтающая такимъ образомъ силою вещей характеръ *содержанія или алиментовъ*. Правда, работодатель не обѣщаетъ содержать рабочаго, а только платить ему воз-

мысли, могутъ быть извлекаемы изъ нихъ. Иначе обстоитъ дѣло съ трудовымъ договоромъ. Онъ не только не укладывается ни въ одинъ изъ законныхъ типовъ

награжденіе и формально для него совершенно безразлично, какое назначеніе фактически получаетъ уплачиваемое имъ вознагражденіе. Но смыслъ и характеръ правовыхъ институтовъ опредѣляется не столько ихъ формою, сколько ихъ бытовымъ содержаніемъ и экономическою цѣлью. Постановленія гражданскихъ законовъ объ алиментахъ и о вознагражденіи за наемный трудъ относятся къ совершенно различнымъ институтамъ и, казалось бы, не имѣютъ ничего общаго, не соприкасаются ни въ одномъ пунктѣ. Между тѣмъ содержаніе этихъ нормъ оказывается во многихъ отношеніяхъ однороднымъ; ихъ сближаетъ и уравниваетъ общность цѣли. Еще со временъ римскаго права натуральныя или денежныя выдачи, коими обезпечивается содержаніе человѣка, его матеріальное существованіе, находятся подъ особою охраною закона; алименты признаются до извѣстной степени неотъемлемыми, неприкосновенными. Для работника, не имѣющаго капитала, а только рабочую силу, заработная плата также фактически имѣетъ характеръ алиментовъ, т. е. источника его матеріальнаго существованія. Хотя въ законѣ заработная плата и жалованье нигдѣ не причисляются къ алиментамъ,тѣмъ не менѣе этотъ доходъ въ извѣстныхъ предѣлахъ по спеціальнымъ и отчасти также по общимъ законамъ пользуется одинаковыми съ ними привилегіями неприкосновенности и неотъемлемости. По отношенію къ нему не допускаются ни зачетъ, ни вычетъ, ни обращеніе взысканія за долги, и рабочій даже нѣсколько ограниченъ въ своемъ правѣ распоряжаться заработною платою, давать ей заранѣе назначеніе, идущее въ вразрѣзъ съ ея прямой цѣлью. Къ сожалѣнію, эти положенія до сихъ поръ лишены принципіальнаго основанія, представляютъ собою разрозненныя изъятія изъ общихъ положеній гражданскаго права, съ ограниченною сферою примѣненія. Послѣ отдѣленія въ гражданскихъ законахъ трудового договора отъ обѣщанія предпринимательскихъ услугъ принципіальное признаніе алиментарнаго характера заработной платы станетъ возможнымъ и необходимымъ. Придется только указать предѣльный размѣръ, до котораго она въ практической жизни имѣетъ такой характеръ, и точнѣе формулировать отдѣльныя положенія, въ которыхъ проявляется favor alimentorum по отношенію къ ней.

2. Изъ цѣли рабочаго договора—обезпеченія регулярнаго дохода для одной и регулярнаго пользованія чужою рабочею силою для другой стороны—уже явствуетъ, что оба контрагента обыкновенно разсчитываютъ на болѣе или менѣе продолжительное его существованіе. Внезапный разрывъ договорнаго отношенія нарушаетъ ихъ планы и можетъ иногда очень тяжело отразиться на ихъ интересахъ. Отсюда вытекаетъ необходимость въ заблаговременномъ предупрежденіи о предстоящемъ расторженіи договора и въ предоставленіи работнику послѣ отказа свободнаго времени для пріисканія работы. Съ предварительнымъ отказомъ мы встрѣчаемся уже

трудовыхъ сдѣлокъ, положенія, установленныя для послѣднихъ, по духу и цѣли совершенно не соотвѣтствуютъ его бытовымъ особенностямъ, ибо оставляютъ безъ вниманія наиболѣе существенный элементъ въ его составѣ: вовлеченіе личности работника въ договорную связь, ея подчиненіе хозяйской власти. Этотъ пробѣлъ, правда, отчасти пополняется спеціальными узаконеніями объ отдѣльныхъ видахъ найма труда и относящеюся къ нимъ практикою судовъ—особенно промысловыхъ, гдѣ таковые существуютъ. Но для примѣненія этихъ спеціальныхъ нормъ самимъ закономъ установлены тѣсныя рамки. Трудовой договоръ, въ томъ видѣ, какъ онъ сложился въ хозяйственной жизни, составляетъ договорный типъ закономъ особо не предусмотрѣнный. Болѣе того—въ обязательственномъ и вообще въ современномъ гражданскомъ правѣ мы вообще не находимъ правовой формы для отношенія власти и подчиненія внѣ семейнаго союза. Не

въ дѣйствующемъ законѣ, но только въ нѣкоторыхъ областяхъ труда, а не въ видѣ общей нормы.

3. Длительная связанность служебнымъ положеніемъ можетъ оказаться тягостной въ такіе моменты, когда непредвидѣнныя обстоятельства и существенные личные интересы настоятельно требуютъ отъ нанявшагося какой-нибудь дѣятельности въ собственномъ интересѣ или перемѣны мѣста, или когда исполненіе служебныхъ обязанностей рѣзко сталкивается съ его этическими, религіозными и политическими убѣжденіями. Законодатель не можетъ закрывать глаза на возможность такихъ коллизій, причина которой кроется въ самой природѣ служебнаго отношенія. Трудовой договоръ долженъ подлежать досрочному расторженію, когда для этого имѣются достаточно вѣскіе поводы.

Изложенная схема, конечно, далеко не полна и не исчерпываетъ всѣхъ особенностей трудового договора по сравненію съ предпринимательскимъ. Она совершенно оставляетъ въ сторонѣ типичныя модификаціи въ составѣ договоровъ, о которыхъ мы говорили выше, и не затрогиваетъ своеобразныхъ институтовъ, сложившихся въ области трудовыхъ отношеній на почвѣ однородности положенія и солидарности интересовъ отдѣльныхъ группъ рабочихъ и служащихъ, какъ напримѣръ, правилъ внутренняго распорядка, коллективныхъ или тарифныхъ соглашеній и т. п., хотя и ихъ нормировка входитъ въ задачу гражданскаго права.

удивительно, что воззрѣніе, будто этотъ элементъ трудового отношенія вовсе не нормируется правомъ, а составляетъ чисто фактическое явленіе, пустило глубокіе корни и служитъ какъ бы формальнымъ оправданіемъ роковой теоріи, что въ борьбѣ между трудомъ и капиталомъ всѣ средства дозволены.

Соціалполитики и юристы, не утратившіе вѣры въ возможность цѣлесообразной законодательной нормировки трудового договора, исходя, въ сущности, изъ того-же воззрѣнія, формулируютъ задачу предстоящей реформы, какъ «преобразованіе отношенія власти и подчиненія (Gewaltverhältnis) въ правоотношеніе (Rechtsverhältnis)» [1]) или какъ превращеніе договора личнаго найма изъ «отношенія домашняго съ крѣпостническимъ характеромъ въ чисто обязательственный договоръ» [2]). Тутъ, на нашъ взглядъ, правильная мысль получила неправильное выраженіе. Измѣнить бытовой характеръ трудового отношенія, уничтожить присущій ему элементъ власти надъ личностью законодатель не въ силахъ. Онъ можетъ только опредѣлить предѣлы, за которыми законъ отказываетъ ей въ своей санкціи и, признавая ея проявленіе противовѣчащимъ правопорядку, всѣми доступными ему средствами ограждаетъ интересы подвластной личности. Опредѣленіе этихъ предѣловъ — прямая задача гражданскаго права. Изысканіе цѣлесообразныхъ мѣръ противъ несоблюденія этихъ границъ — задача соціальной и законодательной политики.

То, что современные гражданскіе законы не включаютъ въ опредѣленіе личнаго найма элемента, фактически въ огромномъ количествѣ случаевъ опредѣляющаго характеръ трудового отношенія, то, что они строятъ поло-

---

[1]) Ср. Flesch Zur Kritik des Arbeitsvertrages 2-е изд. (1912), стр. 67 и выше стр. 4 прим. 2.

[2]) Слова А. Э. Вормса въ Собр. Моск. Юрид. Общ. 1-го ноября 1910 г. Ср. Вопр. Права за 1911 г. кн. V, стр. 200.

женія о немъ на представленіи о чисто мѣновой сдѣлкѣ, еще не даетъ права утверждать, что они не признаютъ юридической силы хозяйской власти, установленной договоромъ. Наоборотъ объ этой власти и объ обязанности нанятыхъ лицъ ей подчиняться не разъ упоминается въ законѣ и еще чаще ихъ существованіе молчаливо предполагается. Современные законы только не содержатъ опредѣленія ихъ сущности и границъ. Gewaltverhältnis и Rechtsverhältnis вовсе не два исключающихъ другъ друга понятія; первое сплошь да рядомъ составляетъ содержаніе второго. Нельзя также противопоставлять «домашнее отношеніе», т. е. подчиненіе главѣ дома или хозяйства, «обязательственному договору». Поставленное въ извѣстныя правовыя рамки, оно является лишь однимъ изъ возможныхъ послѣдствій такого договора и нѣтъ никакого основанія отрицать его юридическій характеръ.

Догматическій анализъ трудового договора сейчасъ не входитъ въ нашу задачу. Но убѣдившись, что таковой въ практической жизни существуетъ, что онъ возможенъ на почвѣ дѣйствующаго права, хотя и не укладывается ни въ одинъ изъ оффиціально регулированныхъ имъ правовыхъ типовъ, мы наталкиваемся на общій вопросъ, отъ разрѣшенія котораго въ извѣстной степени будетъ зависѣть самая возможность его догматическаго изслѣдованія, на вопросъ, какъ опредѣлить отношеніе положительнаго права къ такому нерегулированному договору, откуда могутъ и должны быть черпаемы правовыя нормы, которымъ должны подчиняться связанныя съ ними правовыя послѣдствія. Мы попытаемся теперь же съ наивозможною краткостью отвѣтить на этотъ методологическій вопросъ [1]),

[1]) Мы отнюдь не претендуемъ на исчерпывающее теоретическое освѣщеніе этой сложной проблемы, ибо это отвлекло бы насъ надолго отъ нашей темы. Мы хотимъ лишь уяснить себѣ, какой путь представляется наиболѣе правильнымъ для разрѣшенія поставленнаго вопроса. Это оказалось необхо-

хотя примѣнять тѣ выводы, къ которымъ мы придемъ, намъ предстоитъ только во второй части нашей работы.

II.

Въ области договорныхъ отношеній современныя законодательства сознательно и намѣренно отказываются отъ исчерпывающей нормировки, отъ numerus clausus. Они останавливаются только на главнѣйшихъ. сложившихся въ хозяйственномъ быту, видахъ сдѣлокъ, не лишая въ тоже время юридической силы соглашеній, не умѣщающихся ни въ одномъ изъ особо предусмотрѣнныхъ закономъ типовъ. Принципъ договорной свободы, усвоенный всѣми дѣйствующими кодексами, означаетъ санкцію правотворческой силы оборота, насколько ея проявленіе не нарушаетъ велѣній или запретовъ положительнаго права и не выходитъ за предѣлы его дѣйствія..

Этотъ принципъ лишь съ сравнительно недавняго времени можно считать общепризнаннымъ. До XVII в. [1]), юристы, ссылаясь на римскую парёмію nuda pactio obligationen non parit, отрицали юридическую силу неформальныхъ соглашеній внѣ случаевъ, санкціонированныхъ положительнымъ правомъ. Но жизнь этому взгляду не подчинялась и его не усвоили ни партикулярныя законодательства, ни общеземскіе гражданскіе кодексы XVIII и XIX столѣтій.

мымъ уже потому что, какъ мы увидимъ, онъ тѣсно связанъ съ вопросомъ, что считать «дѣйствующимъ правомъ». Кромѣ того отношеніе къ правовымъ явленіямъ, не предусмотрѣннымъ офиціальнымъ правомъ, вызываетъ въ настоящее время принципіальныя разногласія въ наукѣ и практикѣ.

[1]) См. литературу, указанную у Glück Erläuterungen т. IV § 312 № 32, а также L. Seyffert: «Zur Geschichte der obligatorischen Verträge» (1881), Pfordten: «Abhandlungen aus dem Pandektenrecht» (1840), Abh III: «Ueber die Klagbarkeit der Verträge», Savigny: Obligationenrecht» II, § 72 и сл.

Впрочемъ и римскому праву указанное положеніе отнюдь не мѣшало, насколько этого требовали интересы оборота, принимать подъ свою защиту отношенія, не укладывавшіяся въ обычные трафереты. Едва-ли правовая жизнь въ Римѣ когда либо въ этомъ отношеніи испытывала бо̀льшія затрудненія, чѣмъ современная, несмотря на то, что римское право, по свойственному ему консерватизму, принципіально никогда не сходило съ той почвы, на которой стояло въ болѣе раннія эпохи, съ почвы признанія нормальнымъ основаніемъ для возникновенія договорныхъ обязательствъ только соглашеній, облеченныхъ въ опредѣленную предуказанную форму.

Древнее цивильное право знало три такія формы: nexum, litterae и stipulatio, изъ коихъ первыя двѣ въ классическомъ правѣ болѣе не встрѣчаются [1]). Но и оно уже въ нѣкоторыхъ случаяхъ связывало возникновеніе цивильнаго обязательства еще съ другими основаніями. Такими causae civiles признавались 1) передача вещи (res), сопровождавшаяся соглашеніемъ о возвращеніи той же или другой вещи (mutuum, commodatum, depositum и pignus); 2) соглашеніе (consensus), совершаемое безъ соблюденія опредѣленной формы [2]) (emptio-venditio, locatio-conductio, mandatum, societas). Однако на этомъ развитіе договорной свободы не остановилось. Подъ творческимъ воздѣйствіемъ юриспруденціи и преторской юрисдикціи каждое изъ этихъ двухъ позднѣйшихъ основаній—res и consensus—сдѣлала съ отправною точкою для постепеннаго признанія исковой силы за обширными категоріями новыхъ договорныхъ типовъ (negotia nova или civilia) [3]).

---

[1]) Вмѣстѣ съ стипуляціею еще сохранились нѣкоторые односторонніе, вербальные договоры stricti juris, а именно dictio dotis, jurata promissio liberti и receptum argentariorum.

[2]) Возникновеніе консенсуальныхъ договоровъ вѣроятно относится уже къ республиканскому періоду. Ср. Pernice Labeo I стр. 442 сл., стр. 466.

[3]) См. наприм. Dig. XIX, 3 l. 1 pr., XIX, 5, l. 12, l. 19 pr., l. 22.

Мысль, лежавшая въ основаніи реальныхъ договоровъ, получила примѣненіе далеко за предѣлами послѣднихъ. Не только фактическая передача вещи въ собственность (aliquid datum), но фактическое исполненіе любого дѣйствія (aliquid factum), когда они сопровождались обѣщаніемъ со стороны другого контрагента въ свою очередь что нибудь дать или исполнить, давали совершившему право требовать исполненія обѣщаннаго. Эти договоры [1]), какъ юридическія категоріи, въ римскихъ источникахъ не получили опредѣленнаго названія и на этомъ основаніи современные пандектисты дали имъ неудачное [2]) названіе безымянныхъ договоровъ (contractus innominati) [3]). Иски, которыми они защищались (actiones in factum, actiones praescriptis verbis), также какъ actiones utiles (fictitiae и безъ фикцій), созданы были именно для восполненія пробѣловъ въ дѣйствующемъ правѣ. Объ этомъ свидѣтельствуютъ какъ римскіе юристы [4]), такъ и совре-

---

[1]) Изъ Dig. II, 14, l. 7, § 2 явствуетъ, что ихъ договорный характеръ признавался юристами не сразу, а что первоначально видѣли тутъ лишь обязательство къ устраненію ущерба, понесеннаго лицомъ, передавшимъ вещь или исполнившимъ дѣйствіе. Подробнѣе объ этомъ см. І. А. Покровскій: «Право и фактъ въ римскомъ правѣ», ч. І, стр. 80 сл.

[2]) Оно неудачно потому, что нѣкоторыя сдѣлки этой категоріи въ оборотѣ носили опредѣленное названіе, какъ напр.: mutuum, contractus aestimatorius. Отсутствіе же такого названія у другихъ нельзя считать ихъ специфическимъ признакомъ. Оно объясняется Ульпіаномъ (Dig. XIX, 5, l. 4) естественнымъ порядкомъ вещей: «natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia quam vocabula». Въ источникахъ (Dig. XII, 1, l. 9, XIII, 5 l. 1 § 6) упоминается о contractus incerti въ противоположность къ contr. certi и нѣкоторые ученые (напр. Accarias· «Théorie des contrats innommés» (1873) p. 24 и Pfordten, ук. соч. стр. 272) относятъ первое выраженіе къ безымяннымъ контрактамъ. Др. мн. Savigny: »Obligationenrecht», II стр. 210.

[3]) Объ ихъ историческомъ развитіи, значеніи и особенностяхъ (jus poenitendi), см. подробности въ вышеуказанныхъ сочиненіяхъ Аккарія и Пфордтена.

[4]) Dig. XIX, 5, l. 1 pr.: Nonnumquam evenit, ut cessantibus judiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus facile descendemus ad eas, quae in factum appellantur.

менные изслѣдователи [1]). «Сложившійся съ теченіемъ времени циклъ фиксированныхъ исковъ, говоритъ проф. Покровскій [2]), оказывался часто все-таки недостаточнымъ для удовлетворенія безостановочно растущихъ потребностей юридической жизни; отъ поры до поры на поверхности этой жизни всплывали новыя отношенія, которыя не находили себѣ защиты въ системѣ уже установленныхъ исковъ, но которые взывали о ней къ претору. И преторъ давалъ эту защиту, создавая искъ ad hoc и приспособляя его къ условіямъ и потребностямъ конкретнаго случая». Къ a. i. f. прибѣгали тогда, когда пользоваться цивильными исками (actiones vulgares usitatae) или формулами, преподанными въ эдиктахъ (judicia prodita) было невозможно или казалось нецѣлесообразнымъ.

Идея консенсуальныхъ договоровъ также получила дальнѣйшее распространеніе какъ въ цивильномъ, такъ и въ преторскомъ правѣ. Къ четыремъ договорамъ этой категоріи присоединился пятый, получившій названіе contractus emphyteuticarius [3]). Уже въ древнемъ правѣ допу-

---

Ibid. l. 2 nam cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est.

Ibid. l. 3: in quam necesse est confugere, quotiens contractus existunt, quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt.

Ibid. l. 4: Natura enim rerum conditum est, ut pluria sint negotia quam vocabula.

[1]) Accarias указ. соч. p 3: ...«les necessités mêmes de la pratique, les lacunes du vieux droit civil rendirent nécessaire la théorie des contrats innommés»». Savigny: «Syst.» V § 217: «Auserdem wurden die Formeln (in pactum) auch in grosser Ausdehnung gebraucht, wo es darauf ankam für ein neu wahrgenommenes Rechtsverhältnis eine Klage zu erfindeu, also in Fällen, wofür das Edikt gar keine Formel enthielt, sodass sie zur praktischen Erweiterung des Rechts dienten».

[2]) Указ. соч. стр. 127 исл.

[3]) Процессъ постепеннаго обособленія этого договора наглядно изображенъ въ I. III, 24, § 3: Adeo autem familiaritatem aliquam inter se habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur, an locatio et conductio. Ut ecce de praediis, quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est ut, quamdin

скались такъ наз. pacta adjecta при манципаціонныхъ сдѣлкахъ. Впослѣдствіи установилось воззрѣніе, что на всякое дополнительное pactum, заключенное одновременно (in continenti) съ negotium bonae fidei, или, если это былъ консенсуальный контрактъ, даже отдѣльно отъ него, простирается исковая сила основной сдѣлки [1]). Преторское право шло еще дальше. Оно провозгласило принципъ защищаемости всѣхъ вообще pacta conventa, не противорѣчившихъ законамъ и нравственности [2]). Такъ какъ, однако, это новое въ римской жизни начало основывалось не на положительномъ правѣ, а на naturalis aequitas [3]), и вѣроятно встрѣтило отпоръ въ твердо установившемся правовоззрѣніи римлянъ, что для возникновенія обязательства требуется наличность causa, преторская защита этихъ pacta по общему правилу облекалась не въ форму исковъ, а въ форму экцепцій [4]). Но существовали также неформальныя сдѣлки, снабженные исками на основаніи преторскаго эдикта (pacta pretoria) и императорскихъ конституцій (pacta legitima) [5]).

---

pensio sive reditus pro his domino praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius, cuive conductor heresve eius id praedium vendiderit aut donaverit aut dotis nomine dederit aliove quo modo alienaverit, auferre liceat. sed talis contractus, quia inter veteres dubitabatur et a quibusdem locatio, a quibusdam venditio existimebatur: lex Zenoniana lata est, quae emphyteuseos contractui propriam statuit naturam neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam.

[1]) Ср. Dig II, 14 l. 7, § 5 и 6, L, 17 l. 27.

[2]) Ibid. l. 7, § 7: Ait praetor: Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebisscita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo.

[3]) Ibid. l. 1, pr.: Huius edicti aequitas naturalis est. quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt servare?

[4]) Ibid. l. 7, § 4: Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.

[5]) Сюда кромѣ обширной группы конститутовъ (объ нихъ см. Bruns: «Zeitschr. für Rechtsgesch». I стр. 48 сл.) принадлежали receptum cauponum et nautarum, dotis promissio, вѣроятно также receptum arbitrii и нѣкоторые другіе.

Въ итогѣ этого процесса консенсуальные договоры (contractus и pacta) по своему практическому значенію затмили всѣ остальныя категоріи соглашеній. Однако римское право все-же не довело этого развитія до его логическаго конца, до провозглашенія принципа договорной свободы и отказа отъ положенія, что неформальное соглашеніе порождаетъ право на искъ только въ указанныхъ въ законѣ случаяхъ. Какимъ-же образомъ развитой гражданскій оборотъ и чуткая къ его потребностямъ римская юриспруденція могли мириться съ такимъ ограниченіемъ?

Разгадку слѣдуетъ искать съ одной стороны въ особомъ характерѣ власти римскихъ магистратовъ, въ широкой свободѣ, которою они пользовались относительно выбора средствъ и способовъ охраны общественнаго порядка при отправленіи какъ ими административныхъ, такъ и судебныхъ функцій, съ другой — въ характерѣ и значеніи интерпретаціонной дѣятельности римскихъ юристовъ. Мы остановимся только на послѣдней, такъ какъ насъ въ настоящій моментъ интересуютъ не историческія причины и формальныя основанія преторскаго правотворчества [1]), а пріемы и способы интерпретаціи нормъ при подведеніи подъ нихъ нерегулированныхъ бытовыхъ явленій [2]).

---

[1]) Ихъ анализу посвящена вторая часть приведеннаго выше соч. І. А. Покровскаго: «Право и фактъ въ римскомъ правѣ». Тамъ-же указана литература вопроса.

[2]) См. къ слѣдующему Kipp: «Gesch. der Quellen des röm Rechts стр. 8 сл. (есть рус. перев.) и въ Pauly—Wissowa: «Realencyclopädie s. v. aequitas, M. Voigt: «Die Lehre vom jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer», т. I (1856) стр. 34, В. М. Хвостова: «Опытъ характеристики понятій aequitas и aequum jus въ римской классической юриспруденціи», особенно стр. 22 сл. (1895), Géza-Kiss. «Gesetzesauslegung und ungeschriebenes Recht» въ Jahrb. für Dogm. Bd. 58, стр. 419 сл. и его-же рефератъ въ «Arch. für Rechts und Wirtschaftsphil», т. III, стр. 536 сл.

Интерпретація въ римскомъ смыслѣ не совпадаетъ съ нашимъ представленіемъ о толкованіи, а обнимаетъ также завѣдомо правотворческую дѣятельность. Она не конкурируетъ съ законодательствомъ, не преслѣдуетъ одинаковой съ ними цѣли дополненія дѣйствующаго права *новыми* нормами, и формально также, какъ современное толкованіе, видитъ свою задачу лишь въ обнаруженіи и изъясненіи существующихъ правовыхъ нормъ. Но она ищетъ ихъ не только въ уже формулированныхъ положеніяхъ права, а также внѣ ихъ, въ другихъ источникахъ, опредѣляющихъ человѣческіе поступки. Интерпретація, какъ указываетъ уже этимологическое значеніе этого слова, заключается въ «посредничествѣ» между буквою закона и требованіями жизни [1]), между началами права и нормами, сложившимися въ области aequitas [2]), въ восполненіи писаннаго права другимъ—неписаннымъ, но тѣмъ не менѣе существующимъ и дѣйствующимъ [3]). Aequitas, по воззрѣніямъ римлянъ ничто иное, какъ квинтессенція и осадокъ культурныхъ идей данной эпохи, ея представленій о должномъ, служащихъ этическими директивами человѣческихъ поступковъ. Она не тождественна съ правомъ, но въ тоже время отнюдь не противопоставляется ему, какъ нѣчто отличное отъ него по существу. Aequitas— органическій законъ человѣческаго общежитія, которому должно подчиняться также функціонированіе права,

---

[1]) Ср. Regelsberger: «Pandekten § 36, Thöl ук. соч. § 59, Kohler въ «Zeitschr. für priv u. öff. Recht», т. 13, стр. 75, а также Dig. I, 3, l. 17 (Celsus) Scire leges non hoc est verba earum tenere. sed vim ac potestatem.

[2]) Cod. I, 14, l. I: «Inter aequitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet jus dicere. Взглядъ на интерпретацію, какъ на посредническую функцію, не созданъ Юстиніаномъ; онъ только объявилъ ее прерогативою императора. Ср. Dig. VI, 17, l. 90, и Saviguy: «System» т. I, стр. 300.

[3]) Ср. Puchta: «Kursus der Instit» т. II (1853), стр. 316, Géza Kiss: ук. соч. въ Jahrb. 58 стр. 421 сл.

если для примѣненія данной нормы не указаны или изъ ея цѣли и смысла не вытекаютъ болѣе тѣсные и опредѣленные предѣлы (jus strictum) [1]). Несоотвѣтствіе же jus strictum требованіямъ aequitas (inaequitates juris) исправляется и устраняется не путемъ интерпретаціи, а въ законодательномъ порядкѣ [2]).

Aequitas, однако, фактически служила не только ключемъ для правильнаго пониманія правовыхъ нормъ, но также обильнымъ источникомъ для ихъ созиданія. Когда положительное право не давало прямого отвѣта на вопросы, возникавшіе въ жизни, не указывало правовыхъ формъ, въ которыя, могли бы укладываться данныя конкретныя правоотношенія, юристы искали и находили ихъ въ области aequitas [3]). Въ этомъ они сами видѣли лучшую сторону своей дѣятельности, возводившую право на ступень ars boni et aequi (Dig. I, 1 pr.). «Никакими отдѣльными построеніями», говоритъ Кипъ (Geschichte der Quellen, стр. 8), римское право не отвоевало себѣ въ такой мѣрѣ права на безсмертіе, какъ положеніемъ, занятымъ имъ по отношенію къ aequitas».

Но въ тоже время римскіе юристы были очень далеки отъ мысли отрицать обязательность существующаго права для суда, замѣнить его просто судейскимъ усмотрѣніемъ [4]) или признать за судомъ право постановлять рѣше-

---

[1]) Ср. Windscheid-Kipp.: «Pand.», I, § 28.

[2]) Ср. Гай: «Inst.», III, 25: Sed haec juris iniquitates edicto praetoris emendatae sunt (Рѣчь идетъ о порядкѣ наслѣдованія по цивильному праву).

[3]) Dig. XV, 1, l. 32 pr.: «licet hoc jure contingat, tamen aequitas dictat judicium in eos dari; Dig. XXXIX, 3, l. 2, § 5: haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamur.

[4]) Въ литературѣ нерѣдко aequum et bonum изображается, какъ субъективно справедливое, и aequitas отождествляется со сферою судейскаго усмотрѣнія, см. напр. Schmölder, Die Billigkeit als Grundlage des bürg. Rechts, стр. 68 сл. Это не соотвѣтствуетъ воззрѣніямъ римлянъ, требовавшимъ, чтобы судьи всегда основывали свои рѣшенія на нормахъ объективнаго права. Ср. I, IV, 17, pr.: «in primis illud observare debet judex,

нія contra legem по соображеніямъ справедливости. Формально интерпретація не стремилась къ отмѣнѣ дѣйствующаго закона. Даже въ тѣхъ случаяхъ, когда aequitas противопоставлялась rigor или subtilitas juris или самому jus [1]), какъ требуемый жизнью коррективъ къ нимъ, юристы все-же видѣли въ ея примѣненіи только способъ раскрытія истиннаго смысла *дѣйствующей* нормы закона [2]) (sententia, mens legis, constituti, edicti) или закономѣрное восполненіе его пробѣловъ изъ другого источника *дѣйствующаго* права. Правда, въ лицѣ римскаго претора, судья сливался съ магистратомъ, надѣленнымъ властью издавать, когда этого требовали интересы общественнаго порядка, новыя постановленія, допустить или не допускать судебное разбирательство даннаго спора (dare или denegare actionem [3]). Но въ своей дѣятельности и преторъ принципіально, наравнѣ съ другими гражданами, былъ связанъ дѣйствовавшимъ правомъ и, пока оно не было отмѣнено, долженъ былъ съ нимъ считаться даже, когда оно имъ самимъ было создано (quod quisque novi juris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur). И также съ нимъ должны были считаться jurisprudentes въ своей научной и практической интерпретаціонной дѣятельности, хотя «auctoritas prudentium» и составляла въ Римѣ самостоятельный источникъ права [4]). Римская юрис-

---

ne aliter judicet, quam legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est. Ср. также Kipp у Paully—Wissowa s. v. aequitas.

[1]) См. примѣры изъ источниковъ у Paully-Wissowa s. v. aequitas и Géza-Kiss ук. соч. стр. 431.

[2]) Именно смысла закона, а не воли законодателя. Ср. Kohler ук. соч. стр. 2: «nicht, was der Verfasser des Gesetzes will, ist entscheidend, sondern, was das Gesetz will», и приведенныя у него (прим. 2) мѣста источниковъ, а также Thöl Einl. стр. 150.

[3]) Ср. Bekker, Die Aktionem im röm. Privatr. II, стр. 19 сл.

[4]) Dig. I, 1, l. 7: «Jus auten civile est, quod ex legibus, plebisscitis senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit.

пруденція только ближе стояла къ самому процессу правообразованія, къ его источникамъ, чѣмъ современная, имѣла больше путей и средствъ фактическаго воздѣйствія на него [1]), да и самое развитіе права въ Римѣ совершалось въ формахъ, легче поддававшихся приспособленію къ требованіямъ жизни, чѣмъ въ современныхъ государствахъ Нормы, извлеченныя ими изъ началъ aequitas и ставшія дѣйствующимъ правомъ, въ свою очередь также со временемъ могли устарѣть и перестать удовлетворять нуждамъ оборота. По выраженію Эйзеле [2]) они, «кристализовавшись, тѣмъ самымъ каменѣли и могли очутиться въ такомъ-же противорѣчіи съ живой, текущей aequitas, какъ jus civile strictum». Но они тѣмъ не менѣе продолжали считаться обязательными нормами, пока не были отмѣнены или вытѣснены привившеюся въ оборотѣ новою интерпретацію.

Особенно широкое поле для примѣненія началъ aequitas представляло толкованіе юридическихъ сдѣлокъ. Исходнымъ положеніемъ тутъ служила обязательность и нерушимость того, что было постановлено самими сторонами [3])

---

[1]) Таковъ смыслъ господствующаго мнѣнія, что римскіе юристы могли свободнѣе обращаться съ нормами права, чѣмъ современные. Ср. Savigny System I, стр. 298, Windscheid, I, § 28, № 4. Его сторонники сами подробно излагаютъ, основываясь на источникахъ, пріемы толкованія законовъ и юридическихъ сдѣлокъ. Эти пріемы не идутъ дальше аналогіи и фикцій, для которыхъ исходнымъ положеніемъ служитъ обязанность судьи выводить рѣшеніе изъ дѣйствующаго права. Ср. Dig. I, 3, l. 27: «...semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas et ad eas res pertinerent, quae quandoque similes erunt; Тамъ-же l. 12: «...ad similia procedere; l. 32: «De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est. Др. цитаты у Колера, ук. соч. стр. 50.

[2]) Krit Vierteljahrschr. т. IX (1874) стр. 509.

[3]) Мѣста источниковъ, подтверждающіе это положеніе, очень многочисленны. Ср. напр. Dig. XIX, 2, l. 21: «bona fides exigit, ut quod convenit fiat», XII, 1, l. 3: ...«in contrahendo quod agitur pro cauto habendum est»

(lex contractus). Но при изъясненіи смысла этихъ постановленій и при опредѣленіи правовыхъ послѣдствій сдѣлки, не предусмотрѣнныхъ ни соглашеніемъ сторонъ, ни положительнымъ правомъ, руководящимъ масштабомъ и опредѣляющимъ факторомъ должно было служить представленіе объ aequum et bonum. Иногда магистраты въ своемъ эдиктѣ заранѣе обезпечивали себѣ извѣстную свободу дѣйствія въ этомъ отношеніи, оставляя напр. за собою право рѣшать дѣло causa cognita (Dig. II, 13, l. 6 § 8) или quanti res erit и т. п. Но и при отсутствіи такой оговорки въ эдиктѣ они весьма часто въ формулѣ указывали судьѣ опредѣлять права и обязанности, вытекающія изъ данной сдѣлки, ex bona fide т. е. сообразно съ требованіями aequitas [1]). А при разборѣ actiones bonae fidei и arbitrariae, игравшихъ весьма важную роль въ римскомъ быту, судья даже въ такомъ указаніи не нуждался; онъ обязанъ былъ независимо отъ него руководствоваться bona fides, какъ нормою для рѣшенія дѣла [2]).

Римское право выработало также своеобразное процессуальное средство для осуществленія сторонами своего права на примѣненіе этого масштаба, когда въ формулѣ о немъ не упоминалось. Такимъ средствомъ служило exceptio doli generalis [3]). Dolus, это образъ мыслей, противорѣчащій требованіямъ aequitas [4]). Притязаніямъ, свидѣтельствовавшимъ о такомъ образѣ мыслей, не могло быть мѣста въ bonae fidei judicium,

---

II, 14, l. 1 pr.: ...«quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerunt servare? См. Voigt ук. соч. стр. 591 сл.

[1]) Ср. Voigt ук. соч. I стр. 389 и 584 сл.

[2]) Подробнѣе см. Hartmann въ «Arch. für civ. Praxis», т. 73, ст. 400 сл., K. Schneider: «Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse (1902) § 5.

[3]) См. Pernice, Labeo II, стр. 112 сл., Birkmeyer: «Die Exceptionen im bonae fidei judicium (1874), K. Schreiber, ук. соч. стр. 33 сл., Voigt ук. соч. стр. 601 сл.

[4]) Dig. XVII, 2, l. 2, § 3: «Bona fides contraria est fraudi et dolo.

такъ какъ они шли въ разрѣзъ съ основною идеею этого процесса [1]). Цѣль института exceptio doli заключалась, по словамъ юриста Павла, именно въ устраненіи возможности dolose пользоваться положеніемъ цивильнаго права contra naturalem aequitatem [2]). Что при всемъ томъ рѣшеніе дѣла ex aequo et bono отнюдь не было равносильнымъ рѣшенію его по субъективному усмотрѣнію судьи, явствуетъ уже изъ выше сказаннаго.

При такой постановкѣ открывалась полная возможность примѣнять, на ряду съ формулированными нормами, нормы неписаннаго права, извлекаемыя изъ сложившихся въ правосознаніи гражданъ представленій объ обязательныхъ культурно-этическихъ постулатахъ общежитія. Поэтому непризнаніе принципа договорной свободы естественно должно было утратить свою остроту. При эластичности римскихъ договорныхъ типовъ не особенно часто могли встрѣчаться отношенія, имѣвшія по воззрѣніямъ оборота правовой характеръ и не поддававшіяся, хотя и съ нѣкоторою натяжкою, подведенію подъ одну изъ признанныхъ закономъ правовыхъ формъ. А приспособленіе правовыхъ послѣдствій къ природѣ и цѣли данной сдѣлки тогда уже совершалось при помощи интерпретаціи, посредствомъ восполненія воли сторонъ по началамъ aequitas [3]).

Современное гражданское право въ вопросѣ о юридической силѣ неформальныхъ соглашеній, какъ мы уже говорили, не послѣдовало за римскимъ. Побѣду одержалъ

---

1) Dig. XXIV, 3, l. 21 in fine, XLIV, 4, l. 2, § 5.

2) Dig. XLIV, 4, l. 1, § 1: «Ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem aequitatem prosit.

3) О непримѣнимости римскихъ воззрѣній и порядковъ къ современной жизни см. Bekker, Die Aktionen im röm. Privatr. т. II Schlussbetrachtungen.

противоположный принципъ [1]) обязательности всякаго соглашенія, удовлетворяющаго общимъ условіямъ гражданскаго права и особымъ требованіямъ закона, если таковыя установлены для даннаго рода сдѣлокъ. Нормы, восполняющія послѣдствія договора, насколько они не установлены сторонами [2]), должны быть извлекаемы изъ положительнаго права путемъ толкованія. Это искусство

---

[1]) По вопросу о происхожденіи этого поворота мнѣнія сильно расходятся. Одни ищутъ его корни въ каноническомъ правѣ (см. критику этого взгляда у Savigny: «Obligationenrecht» II, стр. 234 сл.), другіе считаютъ его пережиткомъ древнегерманскаго народнаго права (см. Glück: «Erläuterung», Bd. IV, стр. 282. Contra Stobbe: «Reurecht und Vertragschluss (1876). Третьи наконецъ—и къ нимъ принадлежатъ корифеи исторической школы Пухта и Савиньи,—приписываютъ его обычному праву. См. подробности у Seuffert ук. соч. § 1.

[2]) Проф. Петражицкій: («Теорія права и государства, 2-ое изд. (1910), т. II, стр. 597 сл. и 451 сл.) считаетъ «договорное право» самостоятельнымъ видомъ позитивнаго, на ряду съ законнымъ и другими его видами. Онъ основывается на томъ, что соглашеніе служитъ такимъ-же нормативнымъ фактомъ для правовой психики, какъ законъ и обычай. Однако 1) поведеніе контрагентовъ (правовыя послѣдствія сдѣлки) опредѣляется не однимъ только соглашеніемъ, а также закономъ, обычаемъ, нерѣдко, воззрѣніями оборота, требованіями справедливости, совѣстью и т. д., т. е. нормами различныхъ видовъ позитивнаго и интуитивнаго права. Договорнымъ правомъ, такимъ образомъ, вопреки общепринятому словоупотребленію проф. Петражицкій называетъ не весь комплексъ нормъ, опредѣляющихъ послѣдствія договора, а только часть ихъ. 2) Законъ содержитъ общую норму поведенія для всѣхъ предусмотрѣнныхъ имъ случаевъ, договоромъ-же устанавливается частная норма только для даннаго конкретнаго случая. Съ этою разницею связаны весьма существенныя послѣдствія. Такъ законъ очень часто примѣняется независимо отъ воли сторонъ, въ дополненіе къ ней, или даже, не взирая на то, что сторонами руководитъ не представленіе о немъ, а о другихъ «нормативныхъ фактахъ» (на что проф Петражицкій самъ неодиократно указываетъ. См. напр. стр. 494 сл.). Наконецъ 3) соглашеніе, одностороннее волеизъявленіе. приказъ управомоченнаго, порученіе комминтента и многіе другіе факты, хотя въ качествѣ «нормативныхъ» могутъ быть координированы закону, но они все-же, какъ юридическіе факты, поставлены въ извѣстныя (формальныя и матеріальныя) рамки, опредѣленныя закономъ. Ихъ обязательная сила—(нуждаются-ли они въ этомъ или нѣтъ, это другой вопросъ)—особо подтверждается закономъ. Такъ напр. обязательная сила соглашеній формулирована у насъ въ ст.ст. 569 и 1536, т. X, ч. I. Однородныя постановленія существуютъ

еще со временъ Донелла [1]) составляетъ предметъ особой дисциплины, такъ наз. герменевтики, которой посвящена обширная спеціальная литература [2]). Она видитъ цѣль толкованія въ раскрытіи воли законодателя и не удѣляетъ особеннаго вниманія вопросу, какъ быть, когда въ позитивномъ правѣ нѣтъ прямого указанія, восполняющаго пробѣлы соглашенія, или его тамъ при всемъ желаніи найти невозможно, или когда подведеніе даннаго отношенія подъ тѣ или другія постановленія закона, противорѣчитъ практической цѣли соглашенія и правовому чувству («природѣ вещей»). Еще въ настоящее время находятся ученые, признающіе возможнымъ съ такими эвентуальностями вовсе не считаться. Провозгласивъ, что позитивное право представляетъ собою «законченное цѣлое», за предѣлами котораго существуетъ только «ein rechtsleerer Raum», что отдѣльныя нормы обладаютъ безграничною «логическою растяжимостью», они отсюда заключаютъ, что пробѣлы возможны только въ правопониманіи

и въ другихъ законодательствахъ. На ряду съ ними вездѣ дѣйствуетъ «аксіома интуитивнаго права»: pacta sunt servanda. Опредѣлить въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, послужило-ли «нормативнымъ фактомъ» представленіе объ обязательности договора или закона, или въ основѣ исихическаго переживанія лежитъ указанная аксіома, при такихъ обстоятельствахъ едва-ли возможно, и установленіе особаго договорнаго права, какъ вида позитивнаго, на ряду съ закономъ, становится практически безцѣльнымъ. Мы не видимъ также пользы отъ него для научной систематики. Смѣшеніе юридическихъ фактовъ съ формами правообразованія (такъ наз. источниками права) и дробленіе позитивнаго права на безчисленное количество видовъ неминуемо лишитъ послѣднее единства и цѣльности, столь существенныхъ для его усвоенія и примѣненія.

[1]) Ученіемъ Донелла въ его Commentarius de jure civile L. I c. 13 и сл. положено основаніе научной герменевтикѣ. Оно воспроизведено и подробно обосновано у Savigny System, т. I.

[2]) Подробный библіографическій обзоръ этой литературы и изложеніе ея итоговъ даетъ Е. В. Васьковскій: «Ученіе о толкованіи и примѣненіи гражданскихъ законовъ» (Одесса, 1901 г.). См. также Шершеневичъ въ Ж. М. Ю. за 1903 г. кн. I, стр. 50 сл.

толкователя, но не въ самомъ правѣ [1]). Однако, если ограниченность правопониманія составляетъ не индивидуальное, а общечеловѣческое свойство, какая польза отъ одной *вѣры* въ безпредѣльныя діалектическія способности человѣческаго ума и въ логическую законченность позитивнаго права? Ею пробѣлы права фактически не устраняются. Для ихъ восполненія наукою должны быть указаны какіе нибудь реально осуществимые способы.

По отношенію къ юридическимъ сдѣлкамъ возникаетъ еще другой вопросъ: на чемъ основано субсидіарное примѣненіе къ нимъ нормъ положительнаго права? Вѣдь навязываніе сторонамъ правовыхъ послѣдствій, договоромъ не предусмотрѣнныхъ, prima facie вообще противно принципу частной автономіи. Для его формальнаго обоснованія господствующему ученію пришлось прибѣгнуть къ другой фикціи: къ презумпціи молчаливаго подчиненія контрагентовъ всѣмъ положеніямъ, которыя посредствомъ толкованія могутъ быть извлекаемы изъ позитивнаго

---

[1]) Пробѣлы, говоритъ напр. Брингъ («Ueber die Zeit im Recht», München, 1882) возможны только въ нашемъ правопониманіи, надъ самымъ-же правомъ властвуетъ horror vacui. «Wie für die Luft in der Natur, giebt es für das Recht im menschlichen Leben und Treiben kein vacuum (стр. 5). Изъ новыхъ писателей наиболѣе радикально этотъ взглядъ приводитъ Bergbohm, Iurisprudenz und Rechtsphilosophie (1892) стр. 384. «Die ganze Vorstellung von den Rechtslücken sollte endlich einmal aufgegeben werden. Ein Recht, und wenn es fast nichts an geregelten Stoffen umfast, ist etwas allemal in lückenloser Ganzheit Dastehendes». Въ совершенно иномъ смыслѣ о невозможности пробѣловъ въ «позитивномъ» правѣ говоритъ Штамлеръ: «Theorie» гл. VII, § 16. Подъ послѣднимъ онъ подразумѣваетъ «alles Recht in seinem möglichen Auftreten» или «jedes bedingte rechtliche Wollen», безотносительно къ тому, опирается-ли оно на авторитетъ закона, дѣйствуетъ-ли оно вообще въ практической жизни или нѣтъ. Но Штамлеръ допускаетъ пробѣлы въ «формулированномъ» правѣ, восполняемые, по его ученію, «правильнымъ правомъ». Ср. также Regelsberger, Pand. § 38, Iung, Die logische Geschlossenheit des Rechts въ Giessener Festschrift für Dernburg (1900).

права (или изъ спеціально указанныхъ имъ источниковъ) и только этимъ положеніямъ [1]).

Изложенные схоластическіе догматы въ послѣднее время такъ часто подвергались обстоятельной и уничтожающей критикѣ, что ихъ можно считать поколебленными [2]). Реакція противъ нихъ и противъ тѣсно связаннаго съ ними конструктивнаго направленія цивилистической науки и практики (Begriffsjurisprudenz) началась уже въ послѣднюю четверть прошлаго столѣтія. Въ настоящее время она привела не только къ коренному перевороту въ воззрѣніяхъ на задачи и методы судейскаго толкованія, но также къ пересмотру нѣкоторыхъ основъ теоріи права. Если оставить въ сторонѣ нападки на увлеченіе конструированіемъ и діалектическими построеніями [3]), первые удары были направлены именно противъ теоріи презумптивной воли сторонъ [4]), какъ основанія субсидіарнаго

---

[1]) Критику этого ученія см. у Ehrlich: «Stillschweigende Willenserklärung» (1893), Danz: «Auslegung der Rechtsgeschäfte» 2 изд. (1906), его-же «Laienverstand und Rechtsprechung въ Jahrb. für Dogm.» 1898 и Rechtsprechung nach der Volksanschauung und nach dem Gesetz» въ Jahrb. für Dogm. 1909, Déreux: «De l'interprétation des actes juridiques» (1905), K. Schneider ук. соч.

[2]) Jung: «Das Problem des natürlichen Rechts (1912) стр. 14, «Das Dogma von der Lückenlosigkeit des Rechtsystems darf man als gefallen bezeichnen». Ср. однако ниже стр. 111 прим. 1. Уже много раньше Бюловъ нѣсколько осторожнѣе констатировалъ ту же перемѣну во взглядахъ въ «Gesetz und Richteramt» стр. 10: «Die Fiktion der Gesetzmässigkeit aller Urteile ist heute als solche, als Fiktion erkannt».

[3]) Особенно энергично противъ этого направленія, котораго онъ самъ раньше держался, (см. «Unsere Aufgabe» въ Jahrb. für Dogm. I и «Geist des römichen Recht» т. I, стр. 25 сл., т. II, стр. 309 сл., т. III, стр. 311 сл.) возстаетъ Ihering; см. его «Scherz und Ernst in der Iurisprudenc», стр. 247 сл. и «Der Besitzwille». Въ новѣйшей литературѣ см. Stampe: въ «Arch. für civil. Pr.» т. 80, стр. 305 сл., его-же «Unsere Rechts-und Begriffsbildung (1907).

[4]) Ср. Schlossmann: «Der Vertrag» (1876), особенно стр. 117 сл. и его же реценаію въ Zeitschr. für priv und öff Recht, т. VII, стр. 543 сл., Lenel: «Parteiabsicht и Rechtserfolg въ Jahrb. für Dogm. т. XIX (1881) стр. 154 сл., Bechmann: «Der Kauf», т. II, ч. I, § 101 и сл., (литература подробно

примѣненія нормъ закона, и противъ теоріи раскрытія воли законодателя, какъ общей цѣли толкованія закона [1]) Указывалось, что та и другая въ сущности сводятся къ фикціямъ. У лицъ, совершающихъ юридическую сдѣлку, можно предположить представленіе о преслѣдуемой ими практической цѣли и объ указанныхъ въ самой сдѣлкѣ правовыхъ послѣдствіяхъ—и только. Объ остальномъ они могутъ не отдавать себѣ отчета, а нормъ закона, субсидіарно опредѣляющихъ послѣдствія сдѣлки, они могутъ вовсе не знать. Поэтому о сознательномъ подчиненіи этимъ нормамъ рѣчи быть не можетъ. Такую-же произвольную фикцію составляетъ «предполагаемая воля законодателя» о предметахъ, не имѣвшихся имъ въ виду при изданіи закона. Законъ не выражаетъ индивидуальныхъ желаній или мыслей законодателя, а имѣетъ свое объективное содержаніе и самостоятельное назначеніе, при раскрытіи которыхъ рѣшающее значеніе должны имѣть потребности и воззрѣнія жизни. Задача толкователя поэтому отнюдь не заключается въ отгадываніи воли или мыслей сторонъ и законодателя, не получившихъ яснаго выраженія въ толкуемой сдѣлкѣ или нормѣ, а въ установленіи ихъ объективно-цѣлесообразнаго и правильнаго содержанія [2]). Историче-

---

указана у Endemann'a: Lehrb. (8 изд.) т. I, стр. 274, Eneccerus: Lehrb. т. I стр. 377 и Déreux ук. соч. III ч., гл. II).

[1]) Походъ противъ господствующаго ученія открыли главнымъ образомъ Kohler: «Ueber die Interpretation der Gesetze въ Zeitschr. für öff. und pr. Recht», т. XIII, Wach: «Handb. des deutsch. Zivilproz.» I, стр. 254 сл., и Binding: «Handbuch des Strafrechts» I, стр. 450. Литература этого вопроса очень обширна и наиболѣе полно указана у Gény: «Methode d'interprétation et sources en droit privé positiv» (1809). Изъ позднѣйшихъ работъ см, статьи Danz: въ «Jahrb. für Dogm.» за 1898 и 1905 г.г., Kraus въ «Zeitschr. für priv und öff. Recht» и Brütt: «Die Kunst der Rechtsanwendung» (1907).

[2]) См. Hölder: «Komment. zum allg. Teil des bürg. Gesetzbuches» I, стр. 298 сл.; Колеръ въ ук. статьѣ стр. 2: «est treten nicht diejenigen Rechtsfolgen ein, welche der Verfasser des Gesetzes beabsichtigt, sondern diejenigen, welche sich aus dem organischen Zweckbestreben des Gesetzes ergeben, welche sich als der Ausfluss des im Gesetze geschaffenen geistigen

скій и филологическій способы толкованія должны уступить мѣсто «телеологическому».

Этими общими требованіями и отрицательнымъ отношеніемъ къ господствовавшимъ до конца прошлаго вѣка воззрѣніямъ [1]), въ сущности, исчерпывается все, въ чемъ сходятся между собою несогласныя съ нимъ мнѣнія. Телеологическая теорія толкованія предполагаетъ ясное представленіе объ общей цѣли правопорядка. Уже при попыткахъ формулировать эту *цѣль* ученые радикально расхо-

---

Organismus darstellt». Ср. также Reuterskiöld: «Ueber Rechtsauslegung» (1899) и Gény: ук. соч. Попытку примирить и слить въ одно понятіе волю законодателя и закона дѣлаетъ Штаммлеръ (Theorie гл. VII, § 12). Исходя изъ воззрѣнія на право, какъ на «правовое хотѣніе» (rechtliches Wollen), онъ возражаетъ противъ выраженія: «воля закона» на томъ основаніи, что «хотѣть» можетъ только человѣкъ, а не законъ, составляющій самъ объектъ хотѣнія (etwas Gewolltes, einen Bewustseinsinhalt). Но въ то же время онъ признаетъ, что съ отпаденіемъ законодателя, законъ становится «хотѣніемъ тѣхъ, кто въ настоящее время творитъ право» (стр. 617) и, какъ таковое, долженъ быть толкуемъ такъ, какъ это соотвѣтствуетъ воззрѣніямъ современнаго законодателя, а не въ томъ смыслѣ, какой ему придавали, быть можетъ, 100 лѣтъ тому назадъ. Практически теорія Штаммлера сводится къ тому же объективированію и изъясненію мысли закона въ соотвѣтствіи съ требованіями современной жизни. Ср. также Шершеневичъ въ Ж. М. Ю. за 1903 г. кн. I, стр. 55.

[1]) Не слѣдуетъ думать, что въ настоящее время они уже не имѣютъ вовсе приверженцевъ. Въ недавно выпущенномъ IV томѣ сочиненій Бирлинга: «Juristische Prinzipienlehre» (1911) онъ снова горячо отстаиваетъ и защищаетъ филологическую теорію толкованія законовъ и сдѣлокъ. Ср. стр. 230: «Als eigentliche, grundsätzliche Aufgabe aller Auslegung-und darum auch der juristischen—ist die Blosslegung desjenigen geistigen Inhalts anzusehen, die in den zu interpretierenden Worten, dem Willen ihres Autors gemäss, seinen Ausdruck finden sollte»; стр. 256: «Alle diese Normen-Gesetze, wie sonstige Verordnungen und Verfügungen sind an und für sich der Ausdruck je eines bestimmten lebendigen Willensinhalts, kundgegeben mit der zweifellosen Intention, von denen, an die sie sich richten, gerade so aufgefasst und beobachtet zu werden, wie sie von den Norm-setzenden Organen wirklich gedacht und gewollt sind». Однако бо́льшая часть ученыхъ старой школы,—и въ томъ числѣ самъ Бирлингъ (см. § 57 и стр 355),—дѣлаютъ извѣстныя уступки новымъ вѣяніямъ. Ср. Affolter: «Der Positivismus in der Rechtswissenschaft» въ Arch. für öff. Recht» т. XII, стр. 31, Kipp-Windscheid I, § 22 № 7.

дятся между собою, понимая ее то въ узко утилитарномъ смыслѣ охраны личныхъ интересовъ (Ihering) [1]), то въ способствованіи задачамъ культуры и удовлетвореніи культурныхъ потребностей (Колеръ) [2]), то въ установленіи и охранѣ мира (Гарейсъ) [3]) или правовой обезпеченности (Kraus, Gmür) [4]), наконецъ, въ проведеніи въ жизнь началъ правильнаго права (Stammler) [5]), и т. д. Но разногласія принимаютъ болѣе принципальный и непримиримый характеръ, когда рѣчь заходитъ о способахъ восполненія положительнаго права, объ источникахъ, откуда могутъ быть добываемы «цѣлесообразныя» правовыя нормы, когда законъ ихъ не содержитъ, о масштабѣ и критеріи для опредѣленія ихъ цѣлесообразности, наконецъ, о предѣлахъ судейскаго правотворчества или точнѣе, правонахожденія (Rechtsfindung, libre recherche).

Не смотря на почти необозримую и безпрерывно растущую литературу [6]), мы еще очень далеки отъ обще-

---

[1]) Geist des römischen Rechts, т. III, стр. 327 сл., Ср. E. Steinbach: «Moral als Schranke», стр. 42.

[2]) Einführung in die Rechtswissenschaft (Enzyclopädie I, стр. 10); къ нему примыкаютъ Brütt ук. соч. стр. 133, признающій «критеріемъ правильнаго права» его способность развивать культурныя силы народа, Berolzheimer: «System der Rechts-und Wirtschaftsphilosophie» III, § 5, 19 и др.

[3]) Encyclopädie и Methodologie der Rechtswissenschaft.

[4]) Gmür: «Die Anwendung des Rechts nach Art. I des SZGB. (1908) стр. 45: Als oberste Ziele des Gesetzes können die Rechtsordnung und die Rechtssicherheit bezeichnet werden.

[5]) Theorie гл. VII, § 33 особенно стр. 621, «Jeder Satz des geformten Rechtes ist nur ein Versuch richtiges Recht zu sein. Sobald daher die Besonderheit eines einzelnen rechtlichen Wollens für sich undeutlich ist und innerhalb des eigenen Ausdruckes nicht geklärt werden kann, muss folgerichtig angenommen werden, dass es als Inhalt seiner Anordnung das eingefügt habe, was seinem Grundgesetze entspricht». Ср. также стр. 649.

[6]) Мы не пытаемся дать даже самаго поверхностнаго представленія о безчисленныхъ, высказанныхъ за послѣднее время, по этимъ вопросамъ взглядахъ. Инструктивный обзоръ, принадлежащій перу А. В. Завадскаго, печатается на страницахъ Уч. Зап. Казанскаго Унив., начиная съ 1911 г. Онъ еще не законченъ. Такой-же обзоръ обѣщанъ германскимъ судьею

признаннаго мнѣнія и этихъ вопросовъ отнюдь еще нельзя считать достаточно выясненными. Новыя ученія исходятъ изъ положенія, что дѣйствующее въ жизни право не исчерпывается формулированными нормами и оффиціально признаннымъ правомъ. Многое изъ того, что въ настоящее время формально основывается на законѣ, что выводится изъ него посредствомъ аналогіи или при помощи различныхъ фикцій, въ сущности составляетъ особое, отличное отъ формулированнаго, право (jus non scriptum), почерпнутое изъ правового чувства судьи, правовыхъ воззрѣній оборота, природы вещей, указаній науки, требованій справедливости и тому подобныхъ источниковъ. Оно — плодъ судейскаго правотворчества и также, какъ въ Римѣ [1]) и въ англо-американскомъ правѣ [2]), фактически составляетъ существенную часть *дѣйствующаго* права, хотя открыто таковою признается законодателемъ [3]) и

Нейкампомъ и нѣк. др. и былъ бы чрезвычайно полезенъ; но пока ни одинъ не появился. Наиболѣе полный библіографическій перечень даетъ Jung: «Problem des natürlichen Rechts» (1912).

[1]) Ср. Dig. I, 2, l. 2, § 6—12, и I, 1, l. 6, § 1, а также Géza Kiss указ. соч. стр. 421 сл.

[2]) Тамъ, на ряду съ закономъ, customs of the people и case law (judiciary law, Jurisprudence) всегда признавались частью дѣйствующаго права. См. Stephen, New Commentaries on the law of England (17 изд.), стр. 48 сл. («judge made law»). Austin. Lectures on Jurisprudence (3 изд. 1869), стр. 530 слѣд. Salmond, Theorie of judicial precedents (Law Quarterly Review, т. XIV) стр. 376 сл., Pollock. Essays in jurisprudence and ethics стр. 237 сл. Послѣдній авторъ даже признаетъ этотъ отдѣлъ права предметомъ особой юридической дисциплины (Science of case law) и особаго метода и утверждаетъ, что «a good part of our existing Statute-law may be regarded as consolidated case-law». Детальный историко-сравнительный обзоръ значенія судебнаго права даетъ Lambert ук. соч. Онъ называетъ (стр. 802) судебную практику «l'agent nécessaire de la transmutation du sentiment juridique en normes du droit».

[3]) Примѣрами такого частичнаго признанія могутъ служить ст. 7 австр. Гражд. Улож.: «Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft, so muss solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reichlich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden», и ст. 8 гражд. кодекса для фрейбургскаго кантона изд. въ 1868 г.: «Les cas qui ne

наукою права [1]) лишь въ весьма ограниченныхъ размѣрахъ.

Уже въ 1885 г. Бюловъ [2]) высказалъ мысль, что «не одинъ законъ, а законъ и судья вмѣстѣ создаютъ право для народа» и что судья является творцомъ права на ряду съ законодателемъ. Подъ правотворчествомъ Бюловъ однако не подразумѣвалъ созданія нормъ, идущихъ въ разрѣзъ съ закономъ, а лишь отысканіе и примѣненіе судьею неформулированныхъ въ законѣ нормъ права путями и способами, ему разрѣшенными (стр. 11 и 46). Многіе юристы старой школы, въ томъ числѣ старѣйшій и авторитетнѣйшій изъ австрійскихъ юристовъ, предсѣдатель высшаго суда Унгеръ [3]) впослѣдствіи признали допустимость такой «квазизаконодательной дѣятельности судьи». Но въ теченіе долгаго времени высказанная Бюловымъ мысль, по его собственнымъ словамъ [4]),

---

trouvent pas leur solution dans le texte, ni dans l'ésprit, ni dans le système général des lois de ce Canton, sont decidés d'après les règles de l'équité». Ср. Huber: System und Geschichte des schweiz. Privatrechts, т. I, стр. 62 сл., Васьковскій, ук. соч. стр. 207 сл. Гораздо дальше идетъ знаменитый § I новаго швейцарскаго улож.: «Когда въ законѣ не находится предписанія, судья долженъ рѣшать по обычному праву, а, гдѣ такового нѣтъ, по тому правилу, какое онъ установилъ-бы, будучи законодателемъ. Онъ при этомъ слѣдуетъ (folgt, по французскому тексту: s'inspire: вдохновляется) испытанному ученію и преданію». Однако, ошибочно думать, что этотъ законъ предоставляетъ судьѣ право рѣшать вопросы, офиціальнымъ правомъ не предусмотрѣнные, какъ ему заблагоразсудится. Онъ (также, какъ законодатель, стоящій на должной высотѣ), обязанъ считаться съ требованіями жизни и, кромѣ того, съ указаніями науки и опытомъ исторіи. См. толкованіе этой статьи на почвѣ законодательныхъ матеріаловъ у Gmür ук. соч. и въ комментаріи Rossel'я.

[1]) См. литературу, указ. у Gény, стр. 468 прим. 4 и сл., стр. 487 и въ особенности Addickes, «Zur Lehre von den Rechtsquellen» (1872), Unger, «System des öster. Privatr.», Schlossmann, «Der Vertrag», Bierling, Kritik I, стр. 84 сл.

[2]) Gesetz und Richteramt (1880) стр. 48.

[3]) Въ Zeitschr. für priv. und öff. Recht. т. 31, стр. 110.

[4]) Bülow: «Ueber das Verhältniss der Rechtsprechung zum Gesetzesrecht» въ «Das Recht» за 1906 г., стр. 771.

осталась незамѣченною со стороны оффиціальной юриспруденціи. Къ ней вернулись уже въ началѣ двадцатаго вѣка, когда вопросъ о «свободномъ судейскомъ правотворчествѣ» былъ опредѣленно поставленъ и подробно разобранъ французскимъ ученымъ Gény и австрійскимъ—Эрлихомъ [1]). Онъ тогда былъ съ большою горячностью подхваченъ преимущественно германскими юристами-практиками и теоретиками. По ихъ мнѣнію причину «непопулярности» германскихъ судей слѣдуетъ искать съ одной стороны въ ихъ «отчужденности отъ міра» (Weltfremdheit), ихъ незнаніи жизни и людей, ихъ неумѣніи и нежеланіи считаться съ современными соціальными и экономическими условіями, съ другой—въ стѣсненіи судьи рамками оффиціальнаго (писаннаго и обычнаго) права и предуказанными пріемами его толкованія. Бороться съ первымъ изъ этихъ золъ можно только путемъ коренного измѣненія постановки юридическаго образованія и вообще подготовки судей, а со вторымъ—признаніемъ за судомъ права «находить» и устанавливать нормы для разрѣшенія случаевъ, законами прямо не предусмотрѣнныхъ, слѣдуя только велѣніямъ судейской совѣсти и требованіямъ цѣлесообразности [2]).

Это радикальное ученіе встрѣтило энергичный отпоръ и должную оцѣнку со стороны авторитетныхъ ученыхъ [3]),

[1]) «Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft» Lpz. 1903. См. также его «Thatsachen des Gewohnheitsrechts» (Rektoratsrede 1906).

[2]) Главными представителями этого крайняго направленія являются Gnaeus Flavius (Конторовичъ) «Der Kampf um die Rechtswissenschaft (1906), Rumpf, Gesetz und Richter (1906), Schmölder: «Die Billigkeit als Grundlage des bürg. Rechts» (1909) и особенно Eugen Fuchs «Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz» (1908), «Die Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz»(1910) и «Juristischer Kulturkampf» (1912).

[3]) Oertmann, Gesetzeszwang und Richteramt, Rektoratsrede (1908), Unger въ Deutsche Juristenzeitung за 1906 г. стр. 781 и Klein въ Allg. Oestr. Gerichtszeitung за 1906 г. стр. 265. Общую оцѣнку движенія въ пользу сво-

не отрицавшихъ однако—за немногими исключеніями — правильности его исходнаго положенія: что нормами закона и обычая не исчерпывается дѣйствующее право. Гдѣ законодатель молчитъ, его функціи долженъ исполнять судья, но ихъ нельзя ставить на одну доску. Судья устанавливаетъ не общее правило, обязательное для всѣхъ гражданъ, а индивидуальную [1]) норму для даннаго случая (jus facit inter partes), которая потомъ уже въ силу своего внутренняго достоинства, какъ судебный прецедентъ, можетъ превратиться въ общую норму. Это отнюдь не значитъ, что судья освобождается отъ обязанности законопослушанія, т. е. примѣненія прежде всего тѣхъ нормъ, которыя посредствомъ толкованія могутъ быть добыты изъ закона. Судить contra legem онъ не вправѣ; онъ только можетъ и обязанъ восполнять пробѣлы закона, руководствуясь при этомъ объективными масштабами и критеріями.

Но тогда возникаетъ вопросъ: откуда ихъ взять, эти масштабы и критеріи? Германскіе юристы пытаются найти ихъ въ ссылкахъ германскаго уложенія на добрую совѣсть (Treu und Glauben), воззрѣнія оборота (Verkehrssitte) и т. п., но при толкованіи смысла этихъ понятій опять обнаруживается полное разногласіе [2]). Одни видятъ въ нихъ объективное начало, подобное римской aequitas, другіе склонны понимать ихъ какъ бланкетъ [3]), данный

боднаго права (Freirechtsbewegung) см. у Bierling, привед. соч., IV, стр. 289, Stammler «Theorie», стр. 727 сл., І. А. Покровскій: «Гражданскіе судъ и законъ» (1906).

[1]) Именно «индивидуальную» въ противоположность «общей», а не «конкретную» норму въ противоположность «абстрактной». Это прекрасно выяснено А. Э. Вормсомъ въ статьѣ: Примѣненіе обычая къ наслѣдованію въ личной собственности на надѣльныя земли въ Юрид. Зап., изд. Демидовскимъ Лицеемъ, за 1912 г. вып. I и II, стр. 135 сл.

[2]) См. обзоръ литературы у K. Schneider: «Treu und Glauben» § 6.

[3]) Jung: «Problem» стр. 334 «Es ist erfreulich, dass die Blankettnatur von Begriffen, wie «Treu und Glauben» u s. w. nun allmählich allgemein

судьѣ для проведенія въ жизнь нормъ, признаваемыхъ имъ наиболѣе справедливыми и цѣлесообразными. Въ литературѣ французскаго права выдвигаются тѣже критеріи подъ видомъ équité и interêt public, къ которымъ code civil не разъ отсылаетъ, но и тамъ признается, что эти понятія страдаютъ крайнею неопредѣленностью и что въ нихъ въ сущности можно вкладывать любое содержаніе [1]).

Оказалось такимъ образомъ, что недостаточно признать существованіе, на ряду съ позитивнымъ правомъ, другого вида дѣйствующаго права и надѣлить судью компетенціею «находить» и примѣнять его нормы; необходимо точнѣе опредѣлить его сущность, указать методъ и объективные критеріи для его раскрытія. Сторонники движенія въ пользу такъ наз. свободнаго права при разрѣшеніи этой задачи исходятъ изъ несовпаденія реальныхъ явленій правовой жизни съ формулированнымъ правомъ. «Правопорядокъ не долженъ совпадать съ правовою дѣйствительностью и фактически съ нею не совпадаетъ во многихъ отношеніяхъ. Ибо не все дѣйствующее (geltendes) право примѣняется и не все примѣняемое право формулировано» [2]). Отсюда дѣлается выводъ, что бытовое право, «право жизни», имѣетъ самостоятельное значеніе, на ряду съ формулированнымъ, и что «для его изученія долженъ быть примѣненъ особый методъ, имѣющій своею задачею распознаваніе правовой дѣйствительности—методъ «соціологическій». Онъ заклю-

---

anerkannt wird; unter der unbestrittenen Herrschaft der alten Rechtsquellenlehre war das keineswegs der Fall, trotzdem schon die Institutionen sagen (IV, 6, 30): in bonae fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et aequo aestimandi». Едва-ли однако слова: «libera potestas» имѣютъ тотъ смыслъ, который вкладываетъ въ нихъ Iung.

[1]) См. Gény: «Methode» стр. 32 сл. и указанную тамъ литературу, Déreux ук. соч. стр. 103 сл. и стр 423.

[2]) Hugo Sinzheimer: «Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft», (München, 1909), стр. 7.

чается въ описаніи встрѣчающихся въ жизни правовыхъ формъ, въ которыя облекаются бытовыя явленія, и въ опредѣленіи, на основаніи анализа этихъ явленій, ихъ общихъ признаковъ, какъ юридическихъ понятій. Этимъ, по мнѣнію Зинцгеймера, отнюдь не отмѣняется, а только расширяется господствующій догматическій методъ, направленный на формулировку общихъ началъ, извлекаемыхъ логическимъ путемъ изъ дѣйствующаго права. Однако, какъ выражается другой, болѣе радикальный послѣдователь этого метода, «правове положеніе не должно разсматриваться какъ мертвый догматъ, а какъ живая сила... Въ этомъ смыслѣ догматическому правопониманію должно противопоставляться динамическое, для котораго не столь существенно, что̀ означаетъ данное положеніе права, а какъ оно живетъ, какъ оно дѣйствуетъ, какъ переламывается въ различныхъ отношеніяхъ (Verhältnissen), какъ они отъ него уклоняются и оно ихъ оттѣсняетъ» [1]).

Юристамъ — философамъ, подвергавшимъ сущность понятія о дѣйствующемъ правѣ болѣе глубокому анализу, не трудно было доказать неудовлетворительность изложеннаго ученія, какъ попытки *теоретическаго* разрѣшенія проблемы. Проф. Петражицкій почти двадцать лѣтъ тому назадъ, въ своей критикѣ второго проекта германскаго уложенія [2]) предостерегалъ отъ преувеличенія значенія для гражданскаго права бытовыхъ правовоззрѣній и такихъ критеріевъ, какъ «соціальный характеръ» отношеній. «Въ наше время культурнаго кризиса замѣчается такая дезорганизація правосознанія, такія противоположности въ

---

[1]) Ehrlich: «Freie Rechtsfindung», стр. 34, Ср. также Müller-Erzbach: «Der Durchbruch des Interessenrechts durch allgemeine Rechtsprinzipien» въ Jahrb. für Dogm. за 1908 г., Spiegel: «Jurisprudenz und Sozialwissenschaft» въ Zeitschr. für priv. und öff. Recht за 1909 г.

[2]) «Lehre vom Einkommen» Berlin, 1893, приложеніе.

воззрѣніяхъ на справедливое и несправедливое какъ разъ въ области распредѣленія благъ и принциповъ, на которыхъ оно построено, что по истинѣ надо быть слѣпымъ, чтобы оперировать съ живущими въ народѣ правовоззрѣніями, съ современнымъ чувствомъ права, какъ съ всегда доступнымъ аргументомъ». (стр. 599). Слово «соціальный» многозначущее, говорится въ другомъ мѣстѣ указаннаго сочиненія (стр. 572). «Когда оно употребляется безъ точной и детальной формулировки кроющейся подъ нимъ программы, нельзя знать, что оно означаетъ».

Съ тѣхъ поръ не разъ указывалось, что описаніе и анализъ соціальнаго быта и господствующихъ воззрѣній въ лучшемъ случаѣ могутъ дать представленіе о фактически совершающемся въ жизни, но не о томъ, имѣемъ ли мы дѣло съ явленіемъ правового или иного порядка [1]). Еще меньше изъ практической жизни могутъ быть почерпнуты объективные критеріи для выбора между нѣсколькими возможными рѣшеніями. Опредѣленіе началъ и сущности неформулированнаго (интуитивнаго, бытового) права невозможно безъ разрѣшенія болѣе общаго и труднаго вопроса о сущности права вообще. «Кажущееся многимъ возможнымъ извлеченіе путемъ индукціи изъ данныхъ *правовыхъ* фактовъ понятія *о правѣ* представляетъ въ дѣйствительности только порочный кругъ. Ибо всякій разъ, когда говорятъ о *правовомъ* явленіи, логически понятіе о правѣ уже предполагается и только примѣнено къ частному случаю» [2]). Масштаба для оцѣнки правовыхъ нормъ не слѣдуетъ искать въ дѣйствующемъ правѣ или въ реальныхъ явленіяхъ жизни, а только въ лежащемъ внѣ его правовомъ идеалѣ. Оцѣнка и выработка правовыхъ началъ и критеріевъ, должна соста-

---

[1]) Stammler: «Theorie», гл. VIII, § 13 и 17.
[2]) Тамъ-же стр. 46 сл., Ср. также гл. IV, § 13.

вить задачу особой юридической дисциплины (цивильной политики, правильнаго права), а не догматической юриспруденціи.

Въ конечномъ итогѣ движеніе привело такимъ образомъ къ коренному пересмотру основныхъ вопросовъ теоріи права и къ возрожденію мысли объ идеальномъ правѣ [1]). Глубокія и всесторонніе изслѣдованія проф. Петражицкаго и — вслѣдъ за нимъ — другихъ видныхъ юристовъ-философовъ, особенно Штамлера, подвели прочный научный фундаментъ подъ ученіе о несовпаденіи понятія и предѣловъ права вообще съ оффиціальнымъ или формулированнымъ правомъ. Мы не останавливаемся на этихъ ученіяхъ, открывающихъ новые, широкіе горизонты для юридической науки. Спеціалистамъ они извѣстны; остальнымъ краткое изложеніе не можетъ дать достаточно яснаго о нихъ представленія. Новая теорія переноситъ право въ человѣческую психику и опредѣляетъ его, какъ особый психологическій феноменъ, внѣ всякой зависимости отъ формы его проявленія въ практической

---

[1]) Въ связи съ этимъ заговорили о «возрожденіи естественаго права» См. Петражицкій: «Lehre v. Einkommen, стр. 579, Теорія права, т. II, стр. 579 и сл., Stammler: «Wirtschaft und Recht» (2 изд 1906) гл. 31, В. М. Гессенъ: «Возрожденіе естественнаго права» (1902), И. И. Новгородцевъ въ Сборникѣ «Проблемы идеализма» (1902), І. А Покровскій: «Естественно-правовыя теченія въ исторіи гражд. права» (1909). Но какъ Петражицкій, такъ и Штамлеръ подчеркиваютъ несовпаденіе «идеи права» или идеальнаго права съ «естественнымъ» въ томъ смыслѣ, какъ оно до сихъ поръ понималось въ наукѣ. Первый отрицаетъ существованіе особаго права подъ именемъ «естественнаго». Его функціи въ настоящее время должна исполнять особая наука политики права, «посвященная разработкѣ началъ желательнаго раціональнаго права и законодательства» и только въ этомъ смыслѣ можно говорить о возрожденіи естественнаго права. Штамлеръ допускаетъ «естественное право съ измѣнчивымъ содержаніемъ» (ук. соч. гл. 33) и называетъ его «правильнымъ правомъ» (das richtige Recht). Но онъ отрицаетъ возможность *дѣйствующаго* права, выступающаго какъ «откровеніе чистаго разума», съ претензіею на вѣчное и неизмѣнное содержаніе, внѣ связи съ опытомъ жизни и съ процессомъ историческаго развитія (Theorie гл. II, § 4. Ср. также Jung: «Problem», стр. 170 сл.

жизни, отъ такъ наз. источниковъ права. По ученію проф. Петражицкаго подъ правомъ слѣдуетъ понимать «этическія переживанія, эмоціи которыхъ имѣютъ аттрибутивный характеръ» (Теорія, I, стр. 85), а по опредѣленію Штамлера — «ненарушимо автократически соединяющее хотѣніе». Первый дѣлитъ право на интуитивное и позитивное и на оффиціальное и неоффиціальное (Теорія, II, § 35). Второй различаетъ 1) позитивное право (въ смыслѣ права, перенесеннаго въ условности реальной жизни), отъ права, какъ формально-логической категоріи, свободной отъ всякихъ ограниченій и условностей и 2)—въ предѣлахъ этого послѣдняго—правильное и неправильное право. Каждый изъ этихъ ученыхъ указываетъ особые методы изслѣдованія и распознаванія права, какъ реальнаго (психологическаго) феномена; каждый изъ нихъ выдвигаетъ свой идеальный масштабъ для его оцѣнки и раціональнаго направленія.

Какъ ни относиться къ предложеннымъ классификаціямъ, методамъ и масштабамъ и къ перенесенію права, какъ объекта научнаго изслѣдованія, въ область психики, для юриста-догматика и для судебной практики непосредственное приложеніе новыхъ ученій пока еще встрѣчаетъ непреодолимыя затрудненія. Далеко не всегда на почвѣ этихъ теорій возможно безспорное разрѣшеніе основного вопроса, имѣемъ ли мы дѣло въ данномъ конкретномъ случаѣ съ явленіемъ правового или иного порядка. Штамлеръ откровенно признаетъ, что неувѣренность при разрѣшеніи этого вопроса (Unsicherheit beim Bestimmen des rechtlichen Geltens) неизбѣжна [1]). Онъ картинно сравниваетъ разницу въ положеніи теоретика и практика въ данномъ случаѣ съ разницею между описаніемъ животнаго и искусствомъ поймать его (стр 174).

---

[1]) Theorie, гл. II, § 15 и гл. VIII, § 8.

Но даже, когда этотъ вопросъ разрѣшенъ, остается еще конкретно опредѣлить комплексъ правъ и обязанностей сторонъ. Предположеніе, что представленіе о нихъ входитъ въ содержаніе «правовой эмоціи» или «правового хотѣнія», что оно составляетъ «содержаніе сознанія» (Bewustseinsinhalt), отнюдь не подтверждается опытомъ. Стороны могутъ сознавать правовой (аттрибутивный) характеръ связанности и въ тоже время не имѣть яснаго представленія о конкретныхъ своихъ правахъ и обязанностяхъ или имѣть о нихъ неодинаковое представленіе.

«Съ научно-юридической точки зрѣнія, говоритъ проф. Петражицкій (Теорія, I, стр. 78), вообще съ точки зрѣнія яснаго и отчетливаго знанія смысла и содержанія права, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ слѣдуетъ знать и умѣть отвѣтить на вопросы: 1) кто обязанъ (субъектъ обязанности); 2) къ чему, къ какимъ дѣйствіямъ онъ обязанъ (объектъ обязанности); 3) кто субъектъ подлежащаго права; 4) на что онъ имѣетъ право, что ему причитается (объектъ права). Но фактическія правовыя переживанія далеко не всегда соотвѣтствуютъ такому требованію. Въ нихъ съ точки зрѣнія этой четырехчленной схемы обыкновенно имѣются тѣ или иные пробѣлы».

«Въ частности, смотря по разнымъ конкретнымъ психическимъ обстоятельствамъ, въ особенности смотря по направленію вниманія въ данный моментъ времени, въ сознаніи индивида, переживающаго психическіе процессы правового типа, обыкновенно односторонне выступаетъ на первый планъ или императивная сторона, представленія обязанныхъ и того, къ чему обязаны, или аттрибутивная сторона, представленія управомоченныхъ и того, на что они имѣютъ право; другая-же сторона блекнетъ и стушевывается, соотвѣтственныя представленія имѣютъ смутный и неясный характеръ или даже совсѣмъ отсутствуютъ».

Въ этихъ случаяхъ заинтересованныя лица въ практической жизни ожидаютъ разрѣшенія своихъ сомнѣній и разногласій отъ юриста, къ которому обращаются за совѣтомъ, или отъ судьи, разбирающаго ихъ споръ. На послѣднихъ лежитъ обязанность опредѣлять общеобязательныя нормы, которымъ стороны должны подчиняться. Но какъ опредѣлить ихъ, когда ихъ нельзя извлечь ни изъ «нормативныхъ фактовъ», съ которыми связана данная «правовая эмоція», ни вообще изъ анализа правовой психики?

Въ такомъ-же положеніи находится юристъ-догматикъ при научной разработкѣ нерегулированныхъ закономъ правовыхъ явленій. «Функція юриспруденціи, по мнѣнію проф. Петражицкаго (Теорія, I, стр. 227), состоитъ въ заполненіи подлежащихъ пробѣловъ, въ нахожденіи рѣшеній для нерѣшенныхъ закономъ вопросовъ и т. д., вообще въ дополненіи и усовершенствованіи продуктовъ соотвѣтственной унификаціонной тенденціи позитивно-офиціальнаго права». Для выполненія этой функціи Петражицкій отсылаетъ юристовъ на путь «самонаблюденія и соединеннаго метода внутренняго и внѣшняго наблюденія», а Штамлеръ къ методу «сведенія правового понятія къ его психологическимъ основаніямъ (psychologische Rückführung des Rechtsbegriffs)» и выбора изъ возможныхъ рѣшеній того, которое лежитъ въ направленіи къ соціальному идеалу.

Теоретически эти методы существенно отличаются отъ, осужденной еще Томазіемъ, aequitas cerebrina съ одной и отъ обращенія къ «воззрѣніямъ жизни» съ другой стороны; практически-же они очень близки къ нимъ. «Каждое отдѣльное юридическое дѣйствіе, говоритъ Штамлеръ (стр. 154), подлежитъ столь обширному кругу опредѣляющихъ правилъ и такому количеству индивидуальныхъ условій, что ихъ сведеніе къ простымъ психологическимъ

началамъ (Leitsätzen) пока еще встрѣчаетъ непреодолимыя трудности. А тутъ еще дѣло идетъ о массовыхъ явленіяхъ въ области правоотношеній. Этимъ трудность добываемаго разрѣшенія (Auflösung), методологическая возможность котораго не подлежитъ сомнѣнію, повышается, насколько можно предвидѣть, до фактической неосуществимости».

Изъ новыхъ попытокъ теоріи освѣтить и разрѣшить вопросъ о сущности понятія о правѣ для догматической юриспруденціи пока съ несомнѣнностью вытекаетъ лишь одно: если она ставитъ себѣ задачу изучить *все* дѣйствующее право, а не только ту часть его, которая можетъ быть сведена къ оффиціальнымъ «источникамъ», то съ расширеніемъ понятія о правѣ неминуемо связано расширеніе области изслѣдуемыхъ ею явленій. Но для изученія неоффиціальнаго и непозитивнаго права необходимо еще выработать методы и пріемы, соотвѣтствующіе спеціальнымъ задачамъ юридической догматики, какъ практической науки. Пока это не сдѣлано и нѣтъ возможности опереться на произведенныя и провѣренныя другими массовыя психологическія и статистическія наблюденія, догматику остается только держаться возможно ближе къ уже испытаннымъ путямъ научнаго изслѣдованія.

Одновременно съ движеніемъ, направленнымъ противъ ученія объ исчерпывающемъ значеніи и логической законченности позитивнаго права, не остановилась также работа юристовъ въ старомъ направленіи, работа надъ усовершенствованіемъ интерпретаціонной и законодательной техники [1]). Наиболѣе интереснымъ и существеннымъ

---

[1]) Кромѣ указаннаго выше сочиненія Бирлинга «Prinzipienlehre» Bd. IV, см. особенно Harald Gutherz: «Studien zur Gesetzestechnik (1908) въ Strafrechtl. Abh. Heft 93 и 98. О желательности измѣненія законодательной техники въ духѣ новыхъ ученій см. Kohler въ Arch. für civ. Pr. т. 96 (1904): «Technik der Gesetzgebung», Zitelmann: «Die Kunst der Gesetzge-

результатомъ этой работы является возникшая въ самое послѣднее время теорія о такъ наз. смѣшанныхъ договорахъ [1]). Она пытается указать новый путь для подведе-

---

bung» въ Jahrb. der Gehestiftung за 1904, Gény: «La technique législative dans la codification civile moderne въ «Livre du Centenaire», т. II, а также I. А. Покровскій, Гражд. судъ и законъ.

[1]) Терминъ «смѣшанные договоры» уже раньше иногда употреблялся въ литературѣ, но въ нѣсколько иномъ смыслѣ. Онъ служилъ для обозначенія такихъ сдѣлокъ, въ которыхъ правовыя послѣдствія связывались не съ единымъ, а съ сложнымъ фактическимъ составомъ. Такъ напр. Бекеръ, въ своемъ учебникѣ («System des Pandektenrechts» Bd. II, § 95) посвящаетъ отдѣльную главу вопросу о Gemischte Rechtsgeschäfte, подразумѣвая подъ ними такія сдѣлки, въ составъ которыхъ, кромѣ волеизъявленія, входятъ еще «натуральные акты», т.е. другіе юридическіе факты, противопоставляемые имъ «чистымъ сдѣлкамъ» (reine Willensgeschäfte). Въ томъ болѣе тѣсномъ смыслѣ, въ которомъ ниже въ текстѣ говорится о смѣшанныхъ договорахъ, они до послѣдняго времени лишь мимоходомъ, по поводу отдѣльныхъ конкретныхъ вопросовъ, останавливали на себя вниманіе юристовъ. См. литер., указ. у Höniger: «Die gemischten Verträge in ihren Grundformen» (1910) § 12, и у Crome-Zachariae, II, § 340 прим. Исключеніе составляетъ лишь такъ наз. negotium mixtum cum donatione (см. ниже). Въ мотивахъ къ германскому проекту гражданскаго уложенія неоднократно затрогивается вопросъ о смѣшан. догов. (см. наприм. т. II, стр. 372) и встрѣчается уже самый терминъ «Gemischte Verträge» въ указанномъ техническомъ смыслѣ. Оттуда онъ перешелъ въ комментаріи (см. напр. комментарій Планка къ ст. 535, прим. 10, Эртмана тамъ-же, прим. 3, Мейснера стр. 148) и въ учебники германскаго гражд. права (напр. Endeman, «Lehrbuch» (8 изд.) т. I, стр. 907 и въ особенности Enecerus: «Lehrb.» II, § 323). За послѣдніе годы въ нѣмецкой литературѣ появился рядъ спеціальныхъ изслѣдованій, посвященныхъ этой проблемѣ, изъ коихъ самое обширное и подробное принадлежитъ перу фрейбургскаго приватъ-доцента Höniger (см. выше). Пока вышла только первая общая часть этого труда, обнимающая свыше 400 страницъ. Изъ раньше появившихся изслѣдованій мы отмѣтимъ Regelsberger: «Vertrag mit zusamengesetztem Inhalt oder Mehrheit von Verträgen» въ Jahrb. für Dogm. Bd. 48 (1904) стр. 453 сл., Blocisżewsky «Die Vermengung von Vertragstypen» Leipzig, Diss. 1905 и диссертацію того-же Höniger'a «Vorstudien zum Problem der gemischten Verträge», Freiburg 1906. Позднѣе книги Генигера появилась статья Otto Schreiber въ Jahrb. für Dogm. Bd. 60 (1911): «Gemischte Verträge im Reichschuldrecht». Въ нашей литературѣ вопросъ, насколько намъ извѣстно, затронутъ лишь въ книгѣ бар. А. А. Симолина: «Договоръ промыслового ученичества», Казань (1910), стр. 260 и сл., въ его рѣчи на диспутѣ (см. Право 1911 г., № 47), и всколзь въ нашей статьѣ: «Договоръ довѣренности или порученія въ проектѣ гражд. улож.». Спб. 1911.

нія, если не всѣхъ, то очень многихъ нерегулированныхъ договоровъ подъ нормы дѣйствующаго закона. Отправной точкою для нея служитъ то обстоятельство, что договоры, не укладывающіеся цѣликомъ ни въ одинъ изъ законныхъ типовъ, часто оказываются состоящими изъ элементовъ, входящихъ въ составъ *разныхъ* договорныхъ типовъ, закономъ регулированныхъ. Нанимается напр. комната съ услугами и съ обѣдомъ, пассажиръ въ видѣ платы за перевозку на кораблѣ обѣщаетъ исполненіе извѣстныхъ услугъ во время плаванія и т. п.

Иногда соглашеніе обнимаетъ нѣсколько договоровъ въ полномъ составѣ, является сочетаніемъ нѣсколькихъ типовъ, образуя, однако, по мысли контрагентовъ одно неразрывное цѣлое. Иногда изъ состава различныхъ договоровъ выхватываются лишь отдѣльныя типичные для нихъ элементы и объединяются въ одинъ договоръ. Смѣшеніе можетъ касаться обязанностей только одной стороны. Напр. продавецъ участка обязуется, кромѣ его передачи, къ возведенію на немъ какихъ нибудь сооруженій изъ матеріаловъ покупщика. Покупщикъ вещи обязуется доставить ее за свой счетъ какому нибудь третьему лицу и т. д. Или-же разнообразные элементы распредѣляются такимъ образомъ, что стороны обѣщаютъ *другъ другу* дѣйствія, относящіяся къ различнымъ договорнымъ типамъ. Управляющій домомъ напр. или швейцаръ за свою службу получаютъ, кромѣ вознагражденія, квартиру. Участокъ земли отдается въ аренду съ тѣмъ, чтобы арендаторъ вмѣсто платы возвелъ на немъ зданіе или проложилъ дорогу. Изъ участниковъ товарищества одинъ обязуется предоставить для общаго дѣла помѣщеніе, другой нести опредѣленный трудъ, третій внести сумму денегъ и т. д. Такихъ договоровъ съ комбинированнымъ или смѣшаннымъ составомъ въ практической жизни встрѣчается несмѣтное количество и тутъ возни-

кается также проблема, какъ при нерегулированныхъ договорныхъ типахъ: какъ опредѣлить ихъ юридическую природу и какія примѣнить къ нимъ правовыя положенія?

Долгое время юристы не удѣляли имъ особеннаго вниманія, а ограничивались повтореніемъ изреченій, извлеченныхъ ими изъ римскихъ источниковъ. Между тѣмъ самый вопросъ въ Римѣ ставился совершенно иначе, чѣмъ въ современномъ правѣ. Тамъ, въ случаѣ сомнѣній въ законномѣрности того или другого притязанія, прежде всего возникалъ формальный вопросъ: an sit actio, quid veniat in actionem. т. е. можно ли его подвести подъ какую нибудь исковую формулу и подъ какую именно? При обѣщаніи разнотипныхъ дѣйствій оставался только одинъ выходъ: придавать одному изъ нихъ рѣшающее значеніе и имъ руководствоваться при выборѣ actio. Такъ напр. въ отчужденіи предмета, изготовляемаго изъ собственнаго матеріала продавца, видѣли «скорѣе куплю-продажу, чѣмъ подрядъ» и наоборотъ — въ обѣщаніи изготовить вещь изъ матеріаловъ заказчика locatio conductio [1]). Кому нибудь поручено отдать вещь на храненіе третьему лицу, а, если тотъ ея не приметъ, хранить ее самому. Указанное лицо отъ принятія вещи отказалось. Ульпіанъ даетъ собственнику вещи actio mandati, а не depositi, «потому что тутъ преобладающее значеніе имѣютъ данное порученіе и указаніе охранять вещь, а не отдача ея на храненіе» [2]).

---

[1]) Dig. XIX, 2, l. 2, § 2: «Si cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo anulos faceret certi ponderis certaeque formae et acceperit verbi gratia trecenta, utrum emptio et venditio sit an locatio et conductio? sed placet unum esse negotium et magis emptionem et venditionem esse. Quod si ego aurum dedero mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit».

[2]) Dig. XVI, 3, l. 1, § 12: Quod si rem tibi dedi, ut, si Titius rem non recepisset, tu custodires, nec eam recepit, videndum est, utrum depositi tantum an et mandati actio sit. et Pomponius dubitat: puto tamen mandati esse actionem, quia plenius fuit mandatum habens ei custodiae legem», Ср. также § 13 ...«magis probat mandati esse actionem, quia hic est primus contractus.

Практическій выводъ отсюда тотъ, что *всѣ* вытекавшія изъ такихъ сдѣлокъ притязанія защищались посредствомъ actio venditi, locati, mandati и т. д., хотя бы они были совершенно чужды договорному типу, которому соотвѣтствовалъ данный искъ. Проданы напр. камни изъ опредѣленнаго участка, съ тѣмъ, чтобы покупщикъ ихъ оттуда вывезъ. Когда онъ уклоняется отъ вывозки, къ нему можетъ быть предъявлена actio venditi [1]). Иногда изъ отдѣльныхъ элементовъ нельзя было выкраивать ни одного изъ такъ наз. contractus nominati, напр., когда при куплѣ или арендѣ вмѣсто денегъ была обѣщана плата въ видѣ исполненія какихъ нибудь услугъ. Въ этихъ случаяхъ [2]), а также тогда, когда трудно было рѣшить, какое изъ обѣщанныхъ дѣйствій имѣетъ преобладающее значеніе [3]), прибѣгали къ actiones praescriptis verbis. Такимъ образомъ римскіе юри-

[1]) Dig. XIX, 1, l. 9: »Si is qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nolit, ex vendito agi cum eo potest, ut eos tollat». Ср. ibid. l. 6, § 1: «Si venditi tibi insulam certa pecunia et ut aliam insulam meam reficeres, agam ex venditi, ut reficias: si auten hoc solum, ut reficeres eam, convenisset, non intellegitur emptio et venditio facta, ut et Neratius scripsit». § 2: Sed si aream tibi vendidi certo pretio et tradidi, ita ut insula aedificata partem dimidiam mihi retardas, verum est et ut aedifices agere me posse ex vendito et ut aedificatam mihi retradas». Ср. также Dig. XVIII, 1, l. 79.

[2]) Dig XIX, 5, l. 17, § 3: Si cum unum bovem haberem et vicinus unum, placuerit inter nos, ut per denos dies ego ei et ille mihi bovem commodaremus, ut opus faceret, et apud alterum bos periit. commodati non competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum, verum praescriptis verbis agendum est». Ibid. l. 5, § 1: «...pecunia data locatio erit, sicut superiore casu emptio: si rem do, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc quod mea interest vel ad repetendum condictio», XVI, 3, l. 1, § 9: «...si operae eius servi cum custodia pensabantur, quasi genus locati et conducti intervenit, sed quia pecunia non datur praescriptis verbis datur actio. Другіе примѣры см. Kohler въ Arch. für bürg. Recht, Bd. XI I, стр. 276 сл., Regelsberger ук. сочиненіе.

[3]) Dig. XIX, 5, l. 1, § 1: «Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam Labeo scribit». Ср. также, XIX, 3, l. 1.

сты, хотя, повидимому, не безъ колебаній и разногласій [1]), склонялись къ такому рѣшенію, что, разъ смѣшанный договоръ представлялъ одно цѣлое (unum negotium), всѣ вытекавшія изъ него притязанія—типичныя и нетипичныя—могли осуществляться искомъ [2]), соотвѣтствовавшимъ преобладающему элементу въ составѣ договора.

Не трудно однако видѣть, что въ этомъ еще не заключается разрѣшеніе проблемы. Вѣдь положенія, касающіяся главнаго договорнаго типа не содержатъ нормъ относительно нетипичныхъ элементовъ въ составѣ смѣшанной сдѣлки. Въ постановленіяхъ о мандатѣ напр. нельзя найти указаній относительно отвѣтственности хранителя ввѣренной вещи, въ постановленіяхъ о куплѣ-продажѣ—объ обязанности къ совершенію тѣхъ или другихъ работъ и т. под. Гдѣ же искать этихъ указаній? Для римскихъ юристовъ этого вопроса, какъ будто не существовало вовсе. Разъ найденъ формальный щитъ въ видѣ опредѣленной actio, остальное т. е. разрѣшеніе матеріально-правовыхъ вопросовъ уже составляло officium judicis и происходило по общимъ началамъ объ интерпретаціи, о которыхъ мы говорили выше. Когда ни въ договорѣ, ни въ законѣ, ни въ обычномъ правѣ нельзя было найти подходящаго отвѣта, правовыя послѣдствія сдѣлки

[1]) См. напр. разногласіе между Кассіемъ Лонгиномъ и Помпоніемъ въ Instit. III, 24, § 4 и Dig. XVI, 3, l. 1, § 12, между Лабеономъ и Требаціемъ съ одной и Яволеномъ съ другой стороны въ Dig. XVIII, 1, l. 79.

[2]) Какъ далеко въ этомъ отношеніи заходили римскіе юристы, явствуетъ изъ Dig. XIX, 1, l. 13, § 30. Продавецъ недвижимости выговорилъ сохраненіе въ силѣ раньше заключеннаго имъ аренднаго договора до истеченія срока. Въ случаѣ нарушенія этого договора новымъ пріобрѣтателемъ продавецъ можетъ предъявить къ нему a. venditi. Если же арендаторъ причинитъ покупщику какіе нибудь убытки, послѣднему дается a. empti противъ продавца: ut ex locato cum colono experiatur, ut quidquid fuerit consecutus, emptori reddat т. е. о ликвидаціи продавцомъ посредствомъ иска къ арендатору причиненныхъ покупщику убытковъ и объ обращеніи взыскиваемой суммы въ пользу послѣдняго.

опредѣлялись по воззрѣніямъ оборота [1]). Возникъ напр. вопросъ, отвѣчаютъ-ли владѣльцы безопасныхъ амбаровъ (horreatii), въ которыхъ за извѣстное вознагражденіе складывались чужія вещи, за цѣлость этихъ вещей. Юристы и императоры разрѣшили его согласно съ воззрѣніями оборота такъ, что horreatii и locatores horreorum обязаны держать сторожей, но за послѣдствія vis major и, въ частности, за нападенія разбойниковъ они не несутъ отвѣтственности [2]). При этомъ имъ даже не приходитъ на умъ ссылаться на положенія о depositum, хотя custodia rerum составляла типичный элементъ этого договора и въ конституціи Антонина, трактующей объ этомъ предметѣ, даже употребляется выраженіе: res in horreo depositae.

Въ одномъ случаѣ однако такое рѣшеніе вопроса должно было оказаться неудовлетворительнымъ, а именно когда въ составъ смѣшаннаго договора входилъ элементъ даренія. Оно, какъ извѣстно, подлежало нѣкоторымъ ограниченіямъ, несоблюденіе которыхъ влекло за собою недѣйствительность сдѣлки. Римскихъ юристовъ очень занималъ и затруднялъ вопросъ, составляетъ ли такое negotium mixtum cum donatione единую или сложную сдѣлку и въ какой мѣрѣ постановленія о недѣйствительности даренія къ ней примѣнимы. Но они не выработали общаго принципа и при разрѣшеніи отдѣльныхъ казусовъ колеблются и расходятся во взглядахъ. Эти разногласія пере-

---

[1]) Ср. Dig. I, 3, l. 32 и Schneider: «Treu und Glauben» § 6.

[2]) Dig. XIX, 2, l. 55 pr. (Paulus): «Dominus horreorum effractis et compilatis horreis non tenetur nisi custodiam eorum recepit». C. IV, 65, c. 1 (Antoninus) Dominus horreorum periculum vis maioris vel effracturam latronum conductori praestare non cogitur. His cessantibus, si quid extrinsecus ex depositis rebus, illaesis horreis, perierit, damnum depositarum rerum sarciri debet. Остальныя относящіяся сюда мѣста источниковъ собраны у Iacoby: «Die rechtliche Natur des Safegeschäftes» (Leipzig 1908), и въ ук. соч. Шрейбера, стр. 126.

шли затѣмъ въ современную литературу [1]). Съ одной стороны сдѣлка, заключенная исключительно donationis causa признается подлежащей всѣмъ законнымъ ограниченіямъ, для дарственныхъ актовъ установленнымъ, хотя бы она и представляла собою договоръ другого типа, напр. наемъ [2]), товарищество [3]), куплю-продажу [4]). Съ другой стороны рекомендуется различать случаи, когда дарственный актъ можетъ быть отдѣленъ отъ остальныхъ частей сдѣлки и когда это невозможно. Въ первомъ случаѣ дареніе признается недѣйствительнымъ, остальное же остается въ силѣ [5]), во второмъ—одни юристы склоняются къ признанію всей сдѣлки дѣйствительною, другіе наоборотъ считаютъ всю сдѣлку недѣйствительною [6]).

Мы уже указывали, что современные юристы до послѣдняго времени, не считаясь съ особенностями римской постановки вопроса и римскаго понятія объ actio, также разрѣшали проблему о смѣшанныхъ договорахъ въ смыслѣ ихъ подведенія подъ положенія о преобладающемъ типѣ, хотя при этомъ матеріально-правовая сторона вопроса въ сущности остается открытою. Еще одинъ изъ

---

[1]) Обзоръ источниковъ и литературы см. у Lammfromm: «Teilung, Darlehen, Auflage und Umsatzvertrag» (1897) § 26 сл., Koeppen: »Das negotium mixtum cum donatione» (Diss. Berlin 1901), Müller: «Die gemischte Schenkung» въ Jahrb. für Dog. т. 48 (1904) стр. 209 сл.

[2]) Dig. XXIV, 1, l. 52: «Si vir uxori donationis causa rem vilius locaverit, locatio nulla est».

[3]) Ibid. l. XXXII, § 24: «Si inter virum et uxorem societas donationis causa contracta sit iure vulgato nulla est».

[4]) Dig. XVIII, 1, l. 38:.....«inter virum vero et uxorem donationis causa venditio facta pretio viliore nullius momenti est».

[5]) Dig. XXIV, 1, l. 5, § 2: «Generaliter tenendum est, quod inter ipsos aut qui ad eos pertinent aut per interpositas personas donationis causa agatur, non valere: quod si aliarum extrinsecus rerum personarumve causa commixta sit, si separari non potest, nec donationem impediri, si separari possit cetera valere, id quod donatum sit, non valere». Ср. также ibid. l. 31, § 4.

[6]) См. Lammfromm ук. соч. § 28, Koeppen ук. соч. стр. 32 сл.

новѣйшихъ писателей, Лотмаръ [1]), разбирая вопросъ о природѣ договоровъ, въ составъ которыхъ, на ряду съ обѣщаніемъ работы, входятъ элементы другихъ договорныхъ типовъ, высказывается за поглощеніе (Absorption) побочныхъ элементовъ преобладающими. Онъ отвергаетъ допустимость какъ куммулированія правовыхъ послѣдствій, такъ и ихъ комбинированія. Перваго—потому, что договоръ, въ которомъ всѣ элементы тѣсно связаны между собою, представляетъ единое цѣлое, второго—потому, что оно не имѣетъ почвы въ законѣ. Критеріемъ для различенія поглощающихъ отъ поглощаемыхъ (главныхъ отъ побочныхъ) элементовъ онъ считаетъ то обстоятельство, что вторые служатъ лишь средствомъ или воспособленіемъ для осуществленія первыхъ и не имѣютъ самостоятельнаго значенія [2]).

Критическій разборъ этой теоріи, произведенный Генигеромъ [3]), убѣдительно доказалъ ея неудовлетворительность и несостоятельность всякой вообще попытки дѣлить юридическій составъ договора на главные и побочные элементы. Для сторонъ, устанавливающихъ извѣстныя обязательства, существенно, чтобы они исполнялись, независимо отъ того, насколько они типичны или нетипичны для подобнаго рода соглашеній. Вопросъ, какія изъ нихъ субъективно болѣе, какіе менѣе существенны, нельзя рѣшать технически. Почему напр., какъ это дѣлаетъ Лотмаръ, предположить, что при наймѣ квартиры со столомъ, отопленіемъ и услугами, ѣда и прочее составляютъ нѣчто

[1]) Lotmar: Arbeitsvertrag, Abschn. I, Kap. 4.

[2]) Ср. также Eneccerus указ. соч. § 323 (стр. 269): a) «wenn jene Leistung dem Hauptzwecke des Vertrages gegenüber als Nebenleistung erscheint..., b) wenn sie für sich allein nicht in Betracht kommt, sondern nur die Hauptleistung ermöglicht oder fördert, sich also nur als Mittel zu deren Bewirkung darstellt».

[3]) Höniger, Grundformen, стр. 110 сл., 360 сл. Ср. также бар. Симолинъ, ук. соч. стр. 262 сл.

побочное и второстепенное по сравненію съ жилищемъ? Не показываетъ-ли наоборотъ опытъ, что часто ради нихъ мирятся съ неудобною и малоудовлетворительною комнатою? Кромѣ того—постановленія о наймѣ по существу непримѣнимы къ указаннымъ «побочнымъ» обязанностямъ. Слѣдовательно различать элементы главные и побочные, поглощающіе и поглощаемые и практически совершенно безцѣльно [1]). Этимъ не разрѣшается вопросъ, какія правовыя послѣдствія связаны съ такъ наз. побочными элементами и какъ быть, когда они не согласуются съ послѣдствіями главныхъ элементовъ. Лотмару самому пришлось посвятить особый отдѣлъ своей книги «комбинированнымъ договорамъ о трудѣ», и изыскивать пути для согласованія ихъ правовыхъ послѣдствій.

Генигеръ рѣшительно высказывается противъ теоріи поглощенія и за «комбинированіе» относящихся къ различнымъ договорнымъ типамъ законоположеній. Однако уже Густавъ Рюмелинъ [2]), встрѣтившійся съ проблемою о смѣшанныхъ договорахъ, также какъ Лотмаръ, при изслѣдованіи трудовыхъ сдѣлокъ, обратилъ вниманіе на то, что для проведенія этой системы требуется обширная подготовительная работа, а именно выясненіе условій, при наличности которыхъ нормы, касающіяся опредѣленнаго договорнаго типа, могутъ примѣняться къ сдѣлкамъ, не укладывающимся въ этотъ типъ. Извѣстный фактическій составъ и опредѣленныя правовыя послѣдствія

---

[1]) Уже Blociszewsky (ук. соч. стр. 42, прим. 1), отстаивая необходимость различать въ составѣ смѣшанныхъ договоровъ элементы «главныхъ и побочныхъ типовъ», оговаривается: «Nur da, wo der Zweck des ganzen Rechtsgeschäfts sonst in Frage gestellt würde, kann man unter Umständen auch sogar die Regeln des Nebentyps die Oberhand gewinnen lassen». Тѣмъ самымъ авторъ незамѣтно замѣняетъ защищаемый имъ принципъ поглощенія другимъ принципомъ: примѣненія нормъ, наиболѣе соотвѣтствующихъ цѣли договора.

[2]) Gustav Rümelin: «Dienstvertrag und Werkvertrag», Tüb. 1905.

иногда свойственны только одному обязательственному договору, иногда же они имѣютъ болѣе общее и широкое значеніе. Необходимо разслѣдовать и установить, когда послѣднее имѣетъ мѣсто. «Мнѣ рисуется, говоритъ авторъ (стр. 320), такое обозрѣніе релевантныхъ элементовъ фактическихъ составовъ и связанныхъ съ ними правовыхъ послѣдствій, при которомъ выясняется въ отдѣльности (im Einzelnen), въ какомъ смыслѣ и по какому основанію между этими элементами и отдѣльными послѣдствіями существуетъ связь. Такое изслѣдованіе могло бы вести къ расширенію общей части обязательственнаго права или по крайней мѣрѣ къ установленію ряда общихъ положеній для опредѣленныхъ областей.

Тщательное изученіе функцій и значенія отдѣльныхъ частей, входящихъ въ составъ такихъ сложныхъ формацій (Gestaltungen), и опредѣленіе возможныхъ комбинацій изъ ихъ элементовъ и правовыхъ послѣдствій значительно приблизило бы насъ также къ разрѣшенію проблемы о сдѣлкахъ, обнимающихъ обѣщаніе нѣсколькихъ дѣйствій, относящихся къ различнымъ категоріямъ договоровъ», др. сл. проблемы о смѣшанныхъ сдѣлкахъ. Въ приведенныхъ словахъ Рюмелина намѣчена обширная программа расчлененія договорныхъ типовъ съ цѣлью установленія ряда болѣе общихъ положеній, обнимающихъ явленія, выходящія за предѣлы отдѣльныхъ категорій [1]). Ея выполненіе потребуетъ очень большой и кропотливой работы.

Указанныя Рюмелиномъ трудности не удержали Генигера отъ попытки планомѣрнаго разрѣшенія этой проблемы. Онъ прежде всего старается классифицировать

---

[1]) Hedemann въ одномъ изъ своихъ обзоровъ цивилистической литературы (Arch. für bürg Recht. т. 27, стр. 343), даже отмѣчаетъ общую тенденцію современной юриспруденціи къ разрушенію договорныхъ типовъ и къ выработкѣ общихъ положеній.

всѣ возможныя комбинаціи договорныхъ элементовъ въ виду ихъ чрезвычайнаго многообразія. Хотя онъ и ограничилъ предѣлы своего изслѣдованія тѣми договорами, о которыхъ упоминается въ особенной части германскаго гражданскаго уложенія, вся почти первая часть работы посвящена этой предварительной работѣ, т. е. группировкѣ и выясненію основныхъ формъ смѣшанныхъ договоровъ. Догматическому анализу Генигеръ подвергаетъ пока только элементы возмездности, взаимности (синаллагмы) и общенія (товарищества). Онъ обстоятельно доказываетъ, что ихъ сущность и значеніе, какъ составныхъ частей договора, не зависятъ ни отъ того, въ какомъ сочетаніи мы ихъ встрѣчаемъ, ни отъ характера и предмета обѣщанныхъ дѣйствій, а остаются повсюду одними и тѣми же.

Попутно авторъ намѣчаетъ основной *методологическій* принципъ, котораго по его мнѣнію слѣдуетъ держаться при комбинированіи законодательныхъ нормъ, касающихся разнотипныхъ элементовъ договора (§ 8). Онъ заключается въ сопоставленіи этихъ нормъ съ тѣмъ значеніемъ, какое въ составѣ договора имѣетъ предусмотрѣнный ими элементъ, другими словами—въ примѣненіи ихъ не цѣликомъ, а «по соразмѣрности», постепенно (Prinzip der abgestuften Beurteilung). Когда напр. договоръ является на половину дареніемъ, на половину возмезднымъ отчужденіемъ, отвѣтственность отчуждателя имѣетъ мѣсто не при наличности легкой или грубой вины, а «средней». Такимъ-же образомъ въ этихъ случаяхъ сопоставляется объемъ вознаграждаемыхъ убытковъ—(не прямые только и не прямые и косвенные, а средніе между ними), степень неблагодарности, могущей служить поводомъ къ отмѣнѣ дарения, отвѣтственность за недостатки вещи и т. д. Такой способъ разрѣшенія вопроса Генигеръ не

только рекомендуетъ de lege ferenda; онъ признаетъ даже его возможность de lege lata.

Тщательный анализъ понятій взаимности, возмездности и товарищества, произведенный Генигеромъ, составляетъ цѣнное обогащеніе науки гражданскаго права. Но установленный имъ «принципъ соразмѣрности» (Prinzip der abgestuften Beurteilung) вызываетъ недоумѣнія, разрѣшеніе которыхъ приходится ждать отъ продолженія предпринятой имъ работы. Въ самомъ дѣлѣ, какъ примѣнять этотъ принципъ, когда нормы закона не поддаются количественному измѣренію или измѣненію, или когда по содержанію онѣ другъ друга исключаютъ, напр. къ требованію о соблюденіи опредѣленной формы сдѣлки или опредѣленнаго взаимоотношенія между обѣщанными дѣйствіями? При личномъ наймѣ напр. вознагражденіе платится послѣ исполненія работы, при куплѣ-продажѣ, по общему правилу, стороны исполняютъ одновременно (Zug um Zug). Тотъ-же вопросъ возникаетъ, когда правовое послѣдствіе наступаетъ лишь при наличности точно указанныхъ въ законѣ фактовъ, (напр. въ случаѣ смерти или несостоятельности одной изъ сторонъ при договорѣ поклажи). Но, независимо отъ этого: какимъ образомъ на почвѣ дѣйствующаго права судьѣ въ гражданскомъ дѣлѣ можетъ быть предоставлено право мѣнять содержаніе законодательныхъ нормъ сообразно съ конкретными обстоятельствами? На немъ лежитъ обязанность примѣнять законъ, толковать его, рѣшать вопросъ о возможности подведенія подъ него даннаго случая. Принципъ соразмѣрности неминуемо приводитъ къ такому свободному обращенію судьи съ закономъ, котораго обосновывать на дѣйствующемъ правѣ невозможно.

Генигеръ противъ этого возражаетъ, что судьѣ и теперь принадлежитъ право оцѣнки и взвѣшиванія конкретныхъ обстоятельствъ при ихъ подведеніи подъ указанные въ законѣ масштабы и что «постепенность»

(Abstufung) примѣненія послѣднихъ не противорѣчитъ буквѣ закона, а только «представленіямъ автора закона» (стр. 313). Но тутъ кроется явное недоразумѣніе. Когда въ законѣ установлены опредѣленные масштабы, какъ грубая и легкая вина, vis major, грубая неблагодарность, скрытые недостатки, судьѣ дано право по совѣсти рѣшить, принадлежитъ ли данный конкретный составъ въ тѣмъ случаямъ, къ которымъ они должны примѣняться. На этотъ вопросъ очевидно можно только отвѣтить: да или нѣтъ. Если да, законъ примѣняется, если нѣтъ, законъ не примѣняется и судья долженъ найти другую, соотвѣтствующую данному случаю, норму дѣйствующаго права. Связывать отвѣтственность съ наличностью «средней» вины, «умѣренной» неблагодарности, «слегка скрытыхъ» недостатковъ или присудить къ возмѣщенію «части» косвенныхъ убытковъ, вовсе не значитъ примѣнять законъ о легкой или грубой винѣ и т. д., а значитъ руководствоваться другими нормами, неизвѣстно откуда взятыми.

Теорія смѣшанныхъ договоровъ такимъ образомъ нуждается еще въ дальнѣйшей разработкѣ. Пока-же видѣть въ ней средство для разрѣшенія проблемы о нерегулированныхъ договорахъ, какъ это дѣлаетъ Крюкманъ [1]), по меньшей мѣрѣ преждевременно. Генигеръ самъ гораздо скромнѣе опредѣляетъ ожидаемую отъ нея пользу. «Для насъ смѣшанный договоръ лишь новая комбинація фактическихъ составовъ, которые безъ сомнѣнія могутъ быть подводимы, хотя и въ иномъ сочетаніи, подъ регулированные фактическіе составы» (стр. 333). Рѣчь слѣдовательно идетъ только о новомъ техническомъ пріемѣ при-

[1]) Krückmann въ Seuffert's Blätter für Rechtswiss, т. 74, стр. 116: «Wer Mischverträge anerkenut, kommt schlechterdings nie in Verlegenheit».

мѣненія положеній закона къ случаямъ, прямо ими не предусмотрѣннымъ.

Въ литературѣ уже высказывались небезосновательныя, какъ намъ кажется, сомнѣнія въ цѣлесообразности и необходимости обособленія проблемы о смѣшанныхъ договорахъ отъ общей проблемы объ отношеніи права къ нерегулированнымъ договорнымъ типамъ и объ интерпретаціи закона. Такъ напр. Meerscheidt-Hüllessem [1]) рѣшительно возстаетъ противъ механическаго подведенія сдѣлокъ, обнимающихъ элементы отчасти одного, отчасти другого договора, подъ положенія закона, установленныя для каждаго изъ нихъ. «Такая сдѣлка, говоритъ онъ, не можетъ быть отнесена ни къ тому, ни къ другому типу, а представляетъ собою такой contractus sui generis, которому свойственны черты различныхъ законныхъ типовъ». Въ этихъ случаяхъ, по его мнѣнію, «необходимо провѣрить, соотвѣтствуетъ-ли подведеніе сдѣлки подъ данное законоположеніе его цѣли, совмѣстимо-ли оно съ особенностями (Eigenart) всего договора, или же, наоборотъ, изъ этихъ особенностей должны быть выведены правовыя послѣдствія отдѣльныхъ элементовъ въ его составѣ», соотвѣтствующія интересамъ контрагентовъ и воззрѣніямъ оборота.

Болѣе подробно туже мысль развиваетъ Шрейберъ въ приведенной выше (стр. 125 прим. 1) статьѣ. Онъ вмѣстѣ съ Генигеромъ отклоняетъ принципъ поглощенія, какъ «мертвящій юридическій шаблонъ», перенесенный въ матеріальное право изъ римскаго процесса. Но онъ не соглашается также съ комбинированіемъ и, въ особенности, съ принципомъ соразмѣрнаго примѣненія правовыхъ нормъ. Шрейберъ признаетъ, что кругъ явленій, обнимаемый отдѣльными постановленіями особенной части обязатель-

---

[1]) Meerscheidt-Hüllessen: «Gemischte Verträge und Verträge eigener Art» въ Deutsche Juristenzeit. 1910, № 15, стр. 88 сл.

ственнаго права не всегда совпадаетъ съ составомъ, предусмотрѣннымъ легальнымъ опредѣленіемъ даннаго договора. Соображенія, коими эти постановленія вызваны, могутъ быть приложимы не ко всѣмъ случаямъ, подходящимъ подъ опредѣленіе закона [1]). И наоборотъ: то или другое постановленіе по существу можетъ имѣть характеръ и значеніе болѣе общаго положенія, хотя оно и высказано по поводу опредѣленнаго договора. Въ такомъ случаѣ оно фактически приближается къ положеніямъ общей части обязательственнаго (или вообще гражданскаго) права [2]). Постановленія закона расчитаны на извѣстное «состояніе интересовъ» (Interessenlage), которое можетъ встрѣчаться либо только въ предѣлахъ даннаго договорнаго типа, либо также внѣ его предѣловъ. Однако, совершенно недопустимо смотрѣть на отдѣльное положеніе закона, какъ на количественную величину, входящую въ общую сумму нормъ, установленныхъ для опредѣленнаго договора, и поддающуюся увеличенію или уменьшенію, когда она входитъ въ составъ другого комплекса нормъ. «Совокупность нормъ, касающихся договорнаго типа, не сумма, а организмъ; каждый членъ его, взятый отдѣльно отъ цѣлаго, представляетъ нѣчто совершенно отличное отъ него и самостоятельное, также какъ члены человѣческаго организма».

Къ смѣшаннымъ договорамъ, по мнѣнію Шрейбера, должны прежде всего примѣняться общія начала обязательственнаго права. Постановленія-же, касающіяся осо-

---

[1]) Примѣромъ изъ нашихъ гражданскихъ законовъ могутъ служить ст.ст. 2229 и 2230, безспорно приложимыя не ко всѣмъ случаямъ личнаго найма, подходящимъ подъ ст. 2201.

[2]) Въ нашемъ сводѣ гражд. законовъ такихъ нормъ очень много. Въ видѣ примѣра можно указать на положенія о довѣренности (ст. 2291 и сл.), изложенныя въ раздѣлѣ «объ обязательствахъ личныхъ по договорамъ въ особенности», но содержащія рядъ общихъ началъ о полномочіи и представительствѣ.

бых видовъ, примѣняются къ нимъ на общемъ основаніи, по правиламъ объ аналогіи. Другими словами—къ смѣшаннымъ договорамъ слѣдуетъ относиться также, какъ къ другимъ сдѣлкамъ, прямо закономъ не предусмотрѣннымъ.

Объ аналогіи, какъ способѣ примѣненія постановленій закона къ смѣшаннымъ договорамъ, говоритъ также Генигеръ. Но «типичный пріемъ» аналогіи, по его мнѣнію, состоитъ «въ сведеніи подводимаго фактическаго состава и состава, предусмотрѣннаго закономъ, къ общему понятію». Сообразно съ этимъ задача толкователя заключается въ томъ, опредѣлить, связаны-ли отдѣльныя нормы закона съ специфическими моментами законнаго состава, или-же они примѣнимы къ болѣе общему понятію, подъ которое подходитъ также данный нерегулированный составъ (210 стр.). Шрейберъ съ такимъ пониманіемъ аналогіи не соглашается. Опредѣленіе «болѣе общаго состава», говоритъ онъ, чревато ошибками и опасностями и вовсе не входитъ въ задачи судьи. Послѣдній обязанъ взвѣшивать, совпадаетъ ли «состояніе интересовъ» въ данномъ конкретномъ случаѣ съ тѣмъ, который предусматривается закономъ, и лежитъ-ли данный случай въ плоскости цѣлей, преслѣдуемыхъ закономъ. Только при наличности такого совпаденія можетъ имѣть мѣсто аналогія, а не при частичномъ сходствѣ фактическихъ составовъ (стр. 213):

Попытаемся теперь, послѣ бѣглаго обзора различныхъ взглядовъ и направленій опредѣлить отношеніе положительнаго права къ нерегулированнымъ сдѣлкамъ, къ которымъ принадлежитъ также изучаемый нами трудовой договоръ.

Что такія сдѣлки возможны и что не только соглашенія, совершенныя въ предусмотрѣнныхъ закономъ формахъ, имѣютъ юридическую силу и влекутъ за собою правовыя послѣдствія, это не подлежитъ сомнѣнію. Во-

просъ заключается только въ томъ, каковы эти послѣдствія, чѣмъ опредѣляются права и обязанности сторонъ, договоромъ не предусмотрѣнныя.

Изъ сказаннаго нами выше уже явствуетъ, что мы не можемъ искать отвѣта на этотъ вопросъ ни въ теоріи логической законченности позитивнаго права, ни въ «свободномъ» судейскомъ правотворчествѣ. Первая составляетъ фикцію, опровергаемую опытомъ жизни. Толкованіе не можетъ извлекать изъ закона того, чего въ немъ нѣтъ. Формулированное право составляетъ плодъ историческаго развитія и, какъ ни расширять или развивать содержащихся въ немъ правовыхъ понятій и началъ, дѣйствіе его не можетъ быть безграничнымъ. Есть предѣлъ, за которымъ подведеніе конкретнаго случая подъ норму закона становится или насиліемъ надъ бытовыми отношеніями или примѣненіемъ совершенно новаго положенія, прикрытымъ лишь для видимости ссылкою на законъ.

Судейское правотворчество, какъ мы видѣли, даже самыми крайними его апологетами мыслится какъ «правонахожденіе». Но они настаиваютъ на предоставленіи судьѣ полномочія самому опредѣлять источникъ, откуда имъ можетъ быть черпаема соотвѣтствующая данному случаю норма права, «находить» эту норму. Мы не будемъ входить въ обсужденіе вопроса, осуществимо-ли это требованіе въ государствахъ съ давно уже окрѣпшимъ правовымъ строемъ, у народовъ, достигшихъ высокой ступени общей и правовой культуры, наученныхъ долголѣтнимъ опытомъ смотрѣть на законъ, какъ на выраженіе общей воли, уважать его и дорожить стоящимъ на его стражѣ независимымъ и нелицепріятнымъ судомъ. Но одно намъ кажется безспорнымъ: гдѣ уваженіе къ правовому порядку еще не вошло достаточно глубоко въ общественное сознаніе, гдѣ великое значеніе незыблемости

и ненарушимости закона не понято въ должной мѣрѣ ни широкими массами населенія, ни исполнительными органами государства, гдѣ еще не упрочилось въ достаточной степени положеніе суда, какъ органа власти, подчиненнаго одному только закону, тамъ до надѣленія судей полномочіями законодателя предстоитъ еще пройти длинный путь, долгій періодъ гражданскаго воспитанія. Чѣмъ тѣснѣе при отсутствіи этихъ гарантій предѣлы субъективнаго усмотрѣнія по вопросу о томъ, что считать дѣйствующимъ правомъ, тѣмъ сильнѣе будетъ увѣренность въ существованіи прочнаго, общеобязательнаго—хотя бы и несовершеннаго—правопорядка.

Путь къ «свободному» судейскому правотворчеству, если мы вообще должны къ нему стремиться, лежитъ черезъ *законопослушаніе*. Оно обязываетъ судью, гражданъ и научнаго изслѣдователя на всѣ вопросы, не разрѣшенные соглашеніемъ сторонъ, искать отвѣта прежде всего въ законѣ,—и не только въ его прямыхъ указаніяхъ, въ его формулированныхъ велѣніяхъ и запретахъ, а вообще въ заложенныхъ въ немъ представленіяхъ и началахъ о должномъ поведеніи, добываемыхъ посредствомъ толкованія.

Но тогда возникаетъ уже затронутый нами вопросъ: на какомъ основаніи и въ какихъ предѣлахъ для сторонъ, при существованіи договорной свободы, обязательны представленія закона о должномъ поведеніи? Мы не будемъ входить въ подробности, относящіяся къ ученію о толкованіи сдѣлокъ. Замѣтимъ только, что для отвѣта на этотъ вопросъ необходимо имѣть въ виду слѣдующее: въ составѣ договора слѣдуетъ различать три элемента—объективный результатъ, на который направлены намѣренія сторонъ или ближайшую цѣль соглашенія [1]), извѣстный комплексъ

[1]) Бехманъ, Der Kauf т. I, ч. 1, § 101 и сл., говоритъ въ томъ-же смыслѣ объ «эмпирическомъ намѣреніи», подразумѣвая подъ нимъ направленіе

правъ и обязанностей, и тѣ предположенія или условія, съ которыми связано ихъ возникновеніе. Результатъ сдѣлки состоитъ въ ожидаемомъ сторонами измѣненіи ихъ правовой сферы. Установленный комплексъ правъ и обязанностей мыслится ими, какъ средство для осуществленія этой цѣли.

Представленіе о практическомъ результатѣ сдѣлки и о томъ, что онъ осуществляется указаннымъ путемъ, т. е. возникновеніемъ при наличности извѣстныхъ условій опредѣленныхъ правъ и обязанностей, не можетъ отсутствовать ни въ одной юридической сдѣлкѣ. Но оно можетъ быть неполнымъ, не исчерпывающимъ всего фактическаго состава сдѣлки или недостаточно опредѣленнымъ. Особенно по вопросу о правовыхъ послѣдствіяхъ, связанныхъ какъ съ предусмотрѣнными, такъ и съ непредусмотрѣнными сторонами обстоятельствами, очень часто могутъ оказаться и фактически оказываются пробѣлы.

Для многочисленныхъ категорій встрѣчающихся въ жизни договоровъ законъ предлагаетъ спеціальную нормировку. Вмѣстѣ съ тѣмъ онъ содержитъ рядъ общихъ положеній, относящихся ко всѣмъ договорамъ или всѣмъ вообще юридическимъ сдѣлкамъ. Законъ при этомъ также, какъ стороны при совершеніи сдѣлокъ, исходитъ изъ представленія объ извѣстномъ измѣненіи правовой сферы сторонъ, какъ эмпирической цѣли сдѣлки, о комплексѣ правъ и обязанностей, какъ средствѣ для его осуществленія, и объ условіяхъ, необходимыхъ для ихъ возник-

воли сторонъ на опредѣленный типичный результатъ безотносительно къ тому, совпадаетъ-ли онъ съ «санкціонированнымъ правовымъ эффектомъ» сдѣлки или нѣтъ. Ср. также Lenel, Parteiabsicht und Rechtserfolg въ Jahrb. f. Dogm. т. 19 (у него подр. литерат. указанія). Цѣль сдѣлки въ указанномъ смыслѣ не совпадаетъ съ «экомическою» цѣлью, составляющею — обыкновенно юридически безразличный — мотивъ сдѣлки. По отношенію къ ней правовой эффектъ, на который сдѣлка направлена, является лишь средствомъ.

новенія. Но законъ въ отличіе отъ lex contractus преслѣдуетъ не однѣ практическія, а также «культурно-мотиваціонныя» задачи (Петражицкій). Оставивъ извѣстный просторъ для выбора сторонами правовыхъ средствъ, сообразно съ ихъ личными цѣлями и взглядами, онъ въ свою очередь автократически устанавливаетъ нормы о поведеніи сторонъ. Эти нормы имѣютъ то принудительный, то диспозитивный характеръ, но онѣ въ томъ и другомъ случаѣ выражаютъ взглядъ закона на должное поведеніе, на желательный путь къ намѣченной цѣли и претендуютъ на значеніе руководящаго и ненарушимаго правила.

Такимъ образомъ при молчаніи договора т. е., когда изъ его содержанія и изъ всей совокупности конкретныхъ обстоятельствъ не вытекаетъ съ достаточною ясностью представленіе самихъ сторонъ о послѣдствіяхъ того или другого юридически релевантнаго обстоятельства, пробѣлъ восполняется нормами закона. Но это дѣлается не въ силу совершенно ненужной фикціи сознательнаго молчаливаго подчиненія сторонъ, а въ силу присущаго закону авторитета или, какъ выражается Д. Д. Гриммъ [1]), свойственнаго людямъ «чувства обязательности подчиненія установившемуся порядку вещей».

Однако не всегда законъ приходитъ на помощь. Нерѣдко мы въ арсеналѣ его нормъ и понятій не находимъ никакихъ данныхъ для разрѣшенія разсматриваемаго нами случая, для восполненія пробѣла въ договорѣ. Измѣненіе правовой сферы, преслѣдуемой сторонами, не принадле-

---

[1]) См. Жур. Мин. Юст. за 1896 г. кн. 6: «Къ вопросу о понятіи и источникѣ обязательности юридическихъ нормъ», стр. 143. Съ остальными разсужденіями почтеннаго автора мы во многомъ не согласны, особенно съ его опредѣленіемъ юридической нормы, какъ «нормы, возникшей въ признанной органами государственной власти формѣ образованія обязательныхъ нормъ».

жить къ «эмпирическимъ цѣлямъ», предусмотрѣннымъ постановленіями закона. Тотъ путь, тѣ правовыя средства, какими стороны хотѣли-бы осуществить его, не укладываются безъ натяжки ни въ одно изъ извѣстныхъ закону правовыхъ представленій. Въ этихъ случаяхъ толкованіе формулированныхъ положеній закона по правиламъ герменевтики, ихъ примѣненіе по аналогіи, и даже обособленіе отдѣльныхъ элементовъ, рекомендуемое теоріею смѣшанныхъ договоровъ, могутъ не приводить къ желанной цѣли. На одномъ принципѣ законопослушанія тогда не можетъ быть построено положительное разрѣшеніе возникающихъ вопросовъ; онъ нуждается въ дополненіи и коррективахъ.

Наука, изучающая дѣйствующее право (догматика права) преслѣдуетъ цѣли и задачи, предуказанныя самою жизнью и связанныя съ функціями и назначеніемъ права въ общежитіи. Въ этомъ смыслѣ она можетъ быть названа практическою или, какъ выражается Штамлеръ,— «цѣлевою» наукою [1]). Какъ бы она ни отдалялась отъ конкретныхъ явленій жизни въ область отвлеченныхъ построеній и обобщеній, какъ бы она ни углублялась въ сущность и корень изучаемыхъ явленій, она не можетъ утрачивать связи съ жизнью, не уклоняясь въ тоже время отъ поставленныхъ ей задачъ.

Изъ характера догматики права, какъ «цѣлевой науки», на нашъ взглядъ, можетъ и долженъ быть выведенъ методологическій принципъ для разрѣшенія случаевъ, не

---

[1]) Stammler, Theorie, гл. I, § 5 дѣлитъ науки на Zweckwissenschaft и Naturwissenschaft и причисляетъ науку права къ первой. (Ср. также гл. IV § 19). Она обнимаетъ, по его ученію, выясненіе какъ того, чего мы «должны хотѣть», такъ и того, чего мы фактически «хотимъ»: eine wissenschaftliche Feststellung dessen, was wir wollen sollen, eine Lehre von dem Sein gegebener Willensinhalte, eine systematische Behandlung menschlicher Zwecke und Strebungen» (ст. 61).

разрѣшимыхъ на почвѣ законопослушанія. Онъ заключается въ отысканіи наиболѣе *цѣлесообразныхъ* нормъ, въ опредѣленіи того, какое поведеніе людей наиболѣе соотвѣтствуетъ преслѣдуемымъ ими задачамъ и въ тоже время представляетъ объективно наиболѣе правильный путь и лучшее средство для достиженія желаннаго измѣненія ихъ правовой сферы. Не слѣдуетъ, однако, думать, что право тутъ играетъ роль «служанки съ короною на челѣ», безпрекословной пособницы и охранительницы частнаго интереса. Масштабомъ должнаго и недолжнаго служатъ не частный интересъ, а установившіяся въ данную эпоху у даннаго народа правовыя воззрѣнія т. е. господствующія представленія о томъ, какого поведенія примѣнительно къ опредѣленной цѣли можно требовать отъ лица, стоящаго на почвѣ права.

Однако и этимъ вопросъ еще окончательно не разрѣшается, такъ какъ мы и тутъ встрѣчаемся съ новымъ, весьма существеннымъ затрудненіемъ. Наблюденіе надъ тѣмъ, что въ жизни фактически совершается, не всегда даетъ возможность безошибочно и съ увѣренностью опредѣлить норму о должномъ поведеніи. Не всегда люди поступаютъ такъ, какъ они даже по собственному убѣжденію, а тѣмъ болѣе по убѣжденію другихъ, должны поступать. Часто очень трудно сказать, какое воззрѣніе можно считать господствующимъ. Есть множество правовыхъ вопросовъ, гдѣ представленія о должномъ у разныхъ слоевъ и классовъ населенія,—не говоря уже объ отдѣльныхъ лицахъ,—неодинаковы. Тогда примѣненіе судьею воззрѣній одного класса ощущается другимъ, какъ насиліе надъ его правосознаніемъ, какъ «классовая юстиція». Во всѣхъ этихъ случаяхъ нельзя говорить о господствующемъ правовоззрѣніи. Судьѣ или научному изслѣдователю при опредѣленіи дѣйствующаго права силою вещей приходится искать другихъ критеріевъ. Но это не значитъ, что здѣсь

начинается область личнаго усмотрѣнія и индивидуальныхъ взглядовъ. Жизнь и тутъ властно указываетъ путь и направленіе, по которымъ должна двигаться мысль ищущаго права.

Народы, какъ всѣ живые организмы, пока они не дряхлѣютъ, не утратили своей жизнеспособности, неизмѣнно стремятся къ внутреннему росту, ищутъ лучшихъ формъ жизни, наиболѣе благопріятствующихъ проявленію свойственныхъ имъ творческихъ силъ и удовлетворенію ихъ матеріальныхъ и духовныхъ нуждъ. Стремленіе впередъ предполагаетъ существованіе общей руководящей и направляющей идеи о болѣе совершенныхъ формахъ жизни. При значительномъ разнообразіи и ожесточенной борьбѣ мировоззрѣній и интересовъ, современнику нелегко опредѣлить преобладающій въ данный моментъ общій культурный идеалъ народа или его правовой идеалъ; но таковой несомнѣнно существуетъ. При разрѣшеніи конкретныхъ вопросовъ права эта задача значительно облегчается тѣмъ, что въ каждомъ обществѣ существуетъ извѣстный запасъ уже опредѣлившихся *культурныхъ нормъ*. Подъ ними мы подразумѣваемъ представленія общества о взаимоотношеніяхъ людей, наиболѣе соотвѣтствующихъ требованіямъ и задачамъ, которыя современная культура ставитъ личности и обществу, и ихъ стремленію къ лучшимъ формамъ общежитія. Эти нормы могутъ быть въ неодинаковой мѣрѣ усвоены отдѣльными группами населенія; сознательнымъ ихъ носителемъ и проводникомъ часто бываетъ только наиболѣе культурный слой его. Но они служатъ надежнымъ и вѣрнымъ показателемъ той линіи, того направленія, по которымъ совершается развитіе народной культуры. Этими культурными нормами намъ и надлежитъ руководствоваться при опредѣленіи нормъ о должномъ—въ правовомъ смыслѣ—поведеніи, о предѣлахъ и содержаніи правъ и обязанностей,

вообще о правовыхъ средствахъ для достиженія преслѣдуемой сторонами цѣли, когда таковыя не указаны ни въ договорѣ, ни въ законѣ и когда эти нормы не идутъ въ разрѣзъ съ установившимися въ данной средѣ правовыми воззрѣніями [1]).

Резюмируя все сказанное мы приходимъ къ заключенію, что отысканіе нормъ дѣйствующаго неформулированнаго права должно подчиняться тремъ принципамъ: законопослушанія, цѣлесообразности и наибольшаго соотвѣтствія культурному идеалу. Первый указываетъ на путь логическаго развитія понятій и началъ, содержащихся въ писанномъ правѣ, и вмѣстѣ съ тѣмъ устанавливаетъ отрицательный предѣлъ примѣненія двухъ остальныхъ. Второй и третій возводятъ господствующія въ жизни правовыя воззрѣнія и представленія о высшихъ формахъ культурнаго общежитія въ источники дѣйствующаго права. Они вмѣстѣ съ тѣмъ служатъ уже мостомъ и переходною ступенью къ его критической оцѣнкѣ и къ выработкѣ лучшихъ болѣе совершенныхъ нормъ.

Мы, конечно, сознаемъ, что предложенный нами методъ очень далекъ отъ совершенства, что онъ нуждается въ тщательной провѣркѣ путемъ приложенія къ конкретнымъ задачамъ и въ болѣе детальной разработкѣ. Но онъ представляется намъ относительно лучшимъ компромис-

---

[1]) Ernst Mayer, Rechtsnorm und Kulturnorm (Strafr. Abhandl. H. 50), видитъ въ соотвѣтствіи дѣйствующаго права съ культурными нормами критерій обязательности перваго: «Die Rechtfertigung des Rechts und insbesondere die Verbindlichkeit der Gesetze beruht darauf, dass die Rechtsnormen übereinstimmen mit Kulturnormen, deren Verbindlichkeit das Individuum kennt und anerkennt» (стр. 16). Съ такимъ положеніемъ невозможно согласиться. Есть законы и обычаи, рѣзко расходящіеся съ нашими представленіями о культурѣ, и тѣмъ не менѣе остающіеся въ силѣ дѣйствующаго права. Вообще при всемъ огромномъ значеніи культурно-мотивапіонной тенденціи толкованія права, ею нельзя оправдывать ни отступленія отъ законопослушанія, ни игнорированія существующихъ правовыхъ воззрѣній. Ср. Шершеневичъ, ук. статью, стр. 35 сл.

сомъ между теоріею логической законченности формулированнаго права, сопряженною съ фикціею полной объективности толкованія, и возведеніемъ свободнаго судейскаго правотворчества въ равный съ закономъ или даже высшій, чѣмъ законъ, источникъ юридическихъ нормъ. Полная объективность при разрѣшеніи судьею и наукою правовыхъ вопросовъ de lege lata едва-ли достижима. Но разрѣшеніе вопроса, что должно считаться и чего нельзя признать дѣйствующимъ правомъ, принципіально не можетъ быть также предоставлено ни дискреціонной власти судьи, ни усмотрѣнію представителей науки. Нельзя закрывать суду и наукѣ путей къ правотворчеству, но необходимо съ наивозможною тщательностью и точностью опредѣлить тѣ рамки, выработать тѣ методологическія директивы, несоблюденіе которыхъ лишаетъ раскрываемыя и развиваемыя ими правовыя нормы характера и значенія дѣйствующаго права.

Мы попытаемся при изложеніи дѣйствующаго права о трудовомъ договорѣ по мѣрѣ возможности, конкретизировать указанныя выше общія рамки и директивы, чтобы при догматической разработкѣ изслѣдуемаго института не смѣшивать положительнаго права съ политикою, дѣйствительности съ идеаломъ, и дать возможность объективной оцѣнки нашихъ выводовъ. Теперь-же мы перейдемъ къ изученію и выясненію историческихъ корней этого договора.

ГЛАВА III.

Историческія основанія трудового договора.

Въ настоящей главѣ мы попытаемся прослѣдить эволюцію правовыхъ формъ, въ которыя облекалось пользованіе чужимъ трудомъ, а также историческое развитіе правовыхъ воззрѣній и началъ, опредѣлявшихъ природу трудового отношенія въ прежнія эпохи, насколько они являются исходными моментами для современнаго права и могутъ служить ключемъ къ его уразумѣнію.

Многіе склонны объяснить неудовлетворительность постановки найма труда въ современныхъ гражданскихъ законахъ и въ цивилистической наукѣ, главнымъ образомъ, вліяніемъ римскаго права. Въ Римѣ, говорятъ они, низшія функціи въ хозяйствѣ исполнялись рабами и вольноотпущенниками, т. е. бывшими рабами. Изъ нихъ-же преимущественно образовались кадры наемныхъ слугъ и рабочихъ [1]). Свободно-рожденные граждане, если и отдавали свой трудъ за деньги, то обыкновенно въ формѣ обѣщанія отдѣльныхъ услугъ или заранѣе опредѣленнаго результата своей дѣятельности. Пользованіе вещами и трудомъ въ области права не разграничивались, а составляли разновидности одного и того же договора locatio conductio, которымъ одна сторона обѣщала

---

[1]) Такое мнѣніе въ литературѣ высказывается довольно часто. См. напр. Endemann, Die rechtliche Bedeutung der Arbeit въ Jahrb. f. Nationalökon. und Stat. за 1896 г., стр. 649: «Dem Bedürfnis wirtschaftlicher Arbeit wurde solchergestalt wesentlich durch die Sklaven und Liberten genügt. In demselben Masse, in dem deren Arbeit genügte, verengerte sich subjektiv der Kreis Freier, die sich solcher Arbeit wiedmeten».

предоставленіе выгодъ, состоявшихъ въ пользованіи чужой вещью или чужимъ трудомъ, а другая—уплату за нихъ денежнаго вознагражденія. Особенности объектовъ пользованія имѣли только экономическое значеніе, но не оказывали никакого вліянія на правовыя отношенія сторонъ.

Тѣмъ не менѣе, однако, нѣкоторые ученые—въ томъ числѣ авторъ единственнаго обстоятельнаго изслѣдованія о наймѣ услугъ въ нашей литературѣ, проф. Гуляевъ [1]),—видятъ въ постановленіяхъ римскаго права, посвященныхъ «договору о возмездномъ пользованіи» теоретическій масштабъ (ratio scripta) и образецъ для современнаго права (стр. 8). «Принципы, говоритъ проф. Гуляевъ, остались тѣ же, что и въ римскомъ правѣ; только строгое проведеніе ихъ не всегда признается соотвѣтствующимъ новымъ условіямъ экономическаго быта... Подведеніе частныхъ положеній подъ общіе принципы, implicite заключающіеся въ рѣшеніяхъ римскихъ юристовъ, образуютъ строго научную систему права. Только путемъ такой работы будетъ достигнуто осуществленіе идеала научной кодификаціи, которая будетъ имѣть право избрать своимъ девизомъ «durch das römische Recht über das römische Recht» (стр. 246).

Мы постараемся выяснить, не выходя изъ предѣловъ нашей задачи и не вдаваясь въ подробности, значеніе въ римской хозяйственной жизни найма труда свободныхъ лицъ и ихъ правовое положеніе, а также отвѣтить на вопросы, какъ римскіе юристы представляли себѣ наемъ труда, какъ они разрѣшали связанныя съ нимъ проблемы.

Въ источникахъ римскаго права мы находимъ цѣлый рядъ постановленій о наймѣ чужого труда. Но за

---

[1]) А. М. Гуляевъ, Наемъ услугъ.

немногими исключеніями они всѣ относятся къ труду рабовъ: фрагментовъ, несомнѣнно трактующихъ о наймѣ свободныхъ лицъ, въ corpus juris очень мало [1]). Скудость источниковъ по данному вопросу prima facie подтверждаетъ предположеніе, что въ римскомъ хозяйственномъ быту наемъ свободныхъ лицъ игралъ ничтожную роль, что римскіе граждане очень рѣдко нанимались въ услуженіе, что служебныя функціи по найму исполняли почти исключительно рабы и вольноотпущенники. «Куда бы ни обращался свободный человѣкъ въ поискахъ за работою, вездѣ онъ встрѣчался съ своимъ наслѣдственнымъ врагомъ: невольникомъ» [2]).

Не слѣдуетъ однако думать, что трудъ невольниковъ и либертовъ даже въ эпоху пышнаго расцвѣта рабства могъ совершенно вытѣснить свободный наемный трудъ. Новѣйшими изслѣдованіями античнаго хозяйства [3]) установлено, что въ первые вѣка республики количество рабовъ было незначительно и не могло удовлетворять потребности въ рабочихъ рукахъ. Но и позднѣе, когда оно приняло грандіозные размѣры, рабство вслѣдствіе недостатковъ, органически присущихъ несвободному тру-

---

[1]) Сюда относятся, кромѣ Cod. IV. 64 c. 22, гдѣ провозглашается обязательность для сторонъ договора личнаго найма, еще Dig. 19, 2 l. 2 и l. 38. Нѣкоторые изслѣдователи усматриваютъ еще указанія на наемъ свободныхъ лицъ въ другихъ мѣстамъ источниковъ. Такъ проф. Гуляевъ приводитъ Dig. 19, 2 l. 2 и l. 22 § 1, содержащія общія положенія о locatio conductio, l. 13, 40 и 41, въ которыхъ, по нашему мнѣнію (см. ниже), рѣчь идетъ о l. c. operis. Другіе видятъ въ примѣрѣ, приведенномъ въ Dig. 19, 5 l. 5 § 2 (tabulam pingere), случай loc. cond. operarum. Но и это opus, а не operae. Ср. Pernice, Ztschr. f. Rg. Bd. 22 (IX) стр. 242, N. 2 и ниже въ текстѣ.

[2]) Ihering, Geist d. röm. R. Bd. II, 1 стр. 247

[3]) См. Ed. Meyer, Die wirts haftliche Entwickelung des Altertums въ Jahrb. f. Nationalök. u. Stat. за 1895 г., стр. 696 сл. (особ. Beilage III) и его же Die Sklaverei im Altertum; Beloch, Die Bevölkerung der griechisch-römischen Welt (1886), Salvioli, Le capitalisme dans le monde antique (1906), стр. 138 сл.

ду, главнымъ образомъ, вслѣдствіе его малой продуктивности, оказалось неспособнымъ замѣнять трудъ свободныхъ работниковъ.

Въ городскомъ и особенно въ сельскомъ хозяйствѣ, наряду съ постоянными потребностями, удовлетворяемыми преимущественно рабами, существовали потребности спорадическія, временныя, для удовлетворенія которыхъ прибѣгали къ найму дополнительныхъ рабочихъ рукъ. Среди наемныхъ слугъ и рабочихъ, какъ мы увидимъ, было не мало свободныхъ лицъ. Слѣдовательно, должна была существовать какая-нибудь правовая форма для пользованія ихъ трудомъ. Прибѣгали ли для этой цѣли до возникновенія договора locatio conductio къ стипуляціямъ или другимъ средствамъ, въ точности не установлено. Достовѣрно извѣстно только то, что задолго до изданія законовъ XII таблицъ въ Римѣ была очень распространена продажа подвластныхъ дѣтей и внуковъ in mancipium [1]) съ оговоркою, что черезъ извѣстный срокъ манципированное лицо должно возвратиться во власть своего paterfamilias. Какимъ путемъ отчужденію придавался временный характеръ, совершалось ли сторонами въ дополненіе къ манципаціи особое pactum fiduciae или mancipium прекращалось на основаніи обычнаго права посредствомъ заявленія во время ценза, объ этомъ мы не имѣемъ точныхъ свѣдѣній [2]). Но что отчужденіе имѣло временный характеръ, это не подлежитъ сомнѣнію. Отдача in mancipium въ отличіе отъ продажи trans Tiberim не влекло за собою рабства, а только положеніе во многомъ аналогичное съ нимъ. Пріобрѣтатель не имѣлъ надъ манципированнымъ ни

---

[1]) См. Schmidt (Karl Adolf), Das Hauskind in mancipio (1879), Karlowa, Röm. Rg. II, стр. 233 и слѣд. Pernice Labeo I, стр. 168.

[2]) См. Ihering, Geist d. r. R. II, 1 стр. 184 N. 274, Гай Inst. I, 140.

dominicam, ни patriam potestatem, а своего рода jus in aliena persona. Послѣдній не дѣлался рабомъ (mancipium, servus), а находился in mancipio [1]), in causa mancipii [2]), servi loco [3]). Онъ, правда, становился хозяйственнымъ органомъ своего господина, «несвободнымъ, пассивнымъ членомъ его семьи» [4]), и потому все, что онъ пріобрѣталъ во время нахожденія in mancipio, принадлежало послѣднему. Самъ же онъ не могъ имѣть имущества или обязываться договоромъ [5]). Но все же онъ оставался свободнымъ, подвергаясь только capitis diminutia minima [6]). Власть paterfamilias надъ нимъ не прекращалась, а только ограничивалась правами новаго quasi dominus. Дѣти, родившіяся во время mancipium, подпадали подъ власть отчуждателя [7]), а не господина. По окончаніи mancipium власть надъ манципированнымъ сыномъ возстанавливалась въ прежней силѣ и paterfamilias снова могъ отдавать его въ услуженіе. Это создавало возможность эксплоатаціи главою семейства подвластныхъ ему членовъ семьи посредствомъ безпрестаннаго торга ихъ рабочею силою или слишкомъ продолжительнаго ихъ закабаленія. Противъ подобныхъ злоупотребленій, повидимому, и былъ направленъ извѣстный законъ XII таблицъ: si pater filium suum ter venum duit, filius a patre liber esto.

Отдачею in mancipium удовлетворялась временная потребность въ рабочихъ рукахъ и въ этомъ, можно думать, состояла экономическая цѣль института. «Тутъ не происходила обыкновенная продажа сына. Вѣрнѣе, отецъ, не

---

[1]) Гай I, 49, 116, 135.
[2]) Гай I, 138; II, 160.
[3]) Гай I, 138.
[4]) Böcking, Pandekten I (2 Aufl.), стр. 168.
[5]) Гай II, 96; III, 104.
[6]) Гай I, 162. Ср. Schmidt, ук. соч., стр. 9.
[7]) По этому вопросу у римскихъ юристовъ существовало разногласіе. См. Гай I, 135, Pernice, Labeo, стр. 170.

будучи въ состояніи прокормить сына, отдавалъ его въ рабочіе своему болѣе богатому согражданину. Если бы въ древнѣйшія времена существовалъ договоръ личнаго найма, то въ такихъ случаяхъ прибѣгали бы къ operarum locatio» [1]).

Въ концѣ республиканскаго періода отчужденіе подвластнаго сына сохраняется въ оборотѣ только какъ форма для эманципаціи. Въ правосознаніи римлянъ дифференцировалось отчужденіе въ собственность (продажа, мѣна) и предоставленіе права на извлеченіе выгодъ изъ чужого имущества или чужого труда безъ перехода источника этихъ выгодъ въ собственность пользователя. То и другое совершалось путемъ неформальнаго соглашенія о предметѣ и цѣнѣ. Но въ первомъ случаѣ юридическій эффектъ соглашенія состоялъ въ переходѣ вещей изъ одной правовой сферы въ другую (mutatio dominii), во второмъ источникъ предоставляемыхъ выгодъ юридически не мѣнялъ своего владѣльца [2]), хотя обыкновенно на время пользованія фактически также перемѣщался въ хозяйственную сферу пользователя. Такое перемѣщеніе реально совершалось согласованными дѣйствіями «владѣльца» (domini rei, operarum, operis) и нанимателя. Дѣйствіе перваго обозначалось словомъ locare, дѣйствіе второго словомъ conducere Какъ юридическіе термины эти выраженія получили впослѣдствіи нѣсколько иной, болѣе широкій смыслъ. Ими обозначалось уже не самое перемѣщеніе, а сопровождавшее его соглашеніе, коимъ опредѣлялись его предметъ и цѣль и устанавливались взаимныя обязательства сторонъ къ предоставленію другъ другу опредѣленныхъ выгодъ въ связи съ такимъ перемѣщеніемъ. Предметомъ, переносимымъ въ

---

[1]) Pernice, Labeo, стр. 168. Еще раньше ту же мысль высказалъ Ihering Geist d. r. R. II, 1 стр. 184. Contra Schmidt ук. соч. стр. 4, прим. 2.

[2]) Dig. 19, 2 l. 39: non solet locatio dominium mutare.

чужую хозяйственную сферу ради этихъ выгодъ, могли быть матеріальныя вещи или трудъ или даже та или другая конкретная задача, выдѣленная для этой цѣли изъ хозяйственной дѣятельности locator'a. Сообразно съ этимъ мѣнялось и содержаніе соглашенія: въ первыхъ двухъ случаяхъ оно состояло въ uti (re или operis) и въ уплатѣ conductor'омъ денежнаго вознагражденія за uti licere, въ третьемъ она заключалась въ facere, въ выполненіи conductor'омъ выдѣленнаго opus за вознагражденіе, уплачиваемое ему locator'омъ.

Съ какого времени locatio conductio, какъ консенсуальный договоръ, пользовался судебною защитою, какія стадіи онъ проходилъ, образовались ли отдѣльные виды его (l. c. rei, operarum, operis) исторически изъ одного общаго корня или же они возникали независимо одинъ отъ другого и постепенно объединялись общимъ искомъ и общею формулою, этихъ трудныхъ и спорныхъ вопросовъ [1]) мы касаться не будемъ. Насъ въ настоящее время интересуетъ практическое значеніе возмезднаго пользованія тру-

[1]) Высказанныя въ литературѣ мнѣнія могутъ быть сведены къ тремъ группамъ. Одни учатъ, что locatio conductio имѣетъ свои корни въ публичномъ правѣ, что ихъ прототипомъ были locationes, совершавшіяся римскими магистратами, какъ органами государственной власти (Mommsen, Ztschr. f. Rechtsgesch 19 (VI), стр. 260 и слѣд. и Röm. Altert. II, стр. 441). Другіе полагаютъ, что locatio conductio первоначально имѣлъ характеръ реальнаго договора, т. е. совершался посредствомъ фактическаго предоставленія вещи въ пользованіе (Degenkolb, Platzrecht und Miete, стр. 188 и слѣд., Pernice, Labeo I, стр. 467 и слѣд., Гуляевъ, ук. соч., стр. 40 и сл.). Третьи, наконецъ, утверждаютъ, что до возникновенія locatio conductio предоставленіе вещей и труда въ пользованіе совершалось посредствомъ двухъ стипуляцій (Ihering, Geist d. r. R. III, стр. 197, Kuntze, Instit. (2 Aufl.) § 333, Girard въ Nouv. Revue histor. de droit français et étr. VIII, стр. 539 N. 1). Новѣйшій изслѣдователь вопроса Буркгардтъ (Zur Geschichte der locatio conductio. 1889) отвергаетъ всѣ эти теоріи, какъ недостаточно обоснованныя. Онъ считаетъ наиболѣе вѣроятнымъ, что этотъ договоръ съ самаго начала сложился въ оборотѣ какъ неформальное соглашеніе, за которымъ постепенно стали признавать обязательную силу. Ср. также Bechmann, Der Kauf I, стр. 419 и сл.

домъ свободныхъ лицъ въ древнемъ Римѣ и правовое положеніе наемныхъ работниковъ.

У бытописателя II столѣтія до Р. Хр. Катона старшаго и въ комедіяхъ Плавта, а тѣмъ болѣе у позднѣйшихъ писателей Варрона, Колумеллы, Цицерона и др. о locatio conductio operarum и operis говорится, какъ о вполнѣ установившихся и очень распространенныхъ сдѣлкахъ, въ которыя облекалось возмездное пользованіе какъ трудомъ чужихъ рабовъ, такъ и свободныхъ лицъ. Наиболѣе подробныя свѣдѣнія мы находимъ у Катона въ его книгѣ о сельскомъ хозяйствѣ [1]). Въ его время выполненіе текущихъ работъ въ хозяйствѣ лежало преимущественно на рабахъ, и потому Катонъ требуетъ прежде всего, чтобы въ каждомъ благоустроенномъ имѣніи (fundus instructus) находился тщательно подобранный «инвентарь» изъ несвободныхъ рабочихъ подъ руководствомъ опытнаго лица (villicus), спеціальная задача котораго и состояла въ выколачиваніи возможно большей пользы изъ этого живого капитала. Катонъ дастъ рядъ указаній, какъ этого достигнуть. Необходимо, говоритъ онъ, занимать ихъ работою во всякое время года [2]), во всякую погоду [3]), даже по праздникамъ [4]). Больнымъ должна выдаваться уменьшенная порція пищи, а старыхъ рабовъ нужно стараться сбывать вмѣстѣ съ другимъ, пришедшимъ въ ветхость, инвентаремъ [5]). «Слѣдуетъ помнить, говоритъ Катонъ, что содержаніе рабовъ сопряжено съ расходами и

[1]) M. Porcius Cato, De agricultura (изд. Keil). Ср. Gummerus, Der römische Gutsbetrieb als wirtschaftlicher Organismus nach den Werken des Cato, Varro und Columella (1906), Bekker, Ueber die leges locationis bei Cato, De re rustica въ Ztschr. f. Rechtsgesch. III, (1864) стр. 416 и сл.

[2]) Гл. II, 1, гл. XXIII, 1.

[3]) Гл. XXXIX.

[4]) Гл. II, 4.

[5]) Гл. II, in fine.

въ то время, когда они бездѣльничаютъ» [1]), а потому держать рабовъ, для которыхъ нѣтъ въ хозяйствѣ постоянныхъ занятій, не слѣдуетъ. Однако въ періоды усиленнаго спроса на рабочія руки рабы часто не справлялись съ работою. Бывали также задачи, выполненіе которыхъ собственными хозяйственными средствами было затруднительно или непосильно. Во всѣхъ этихъ случаяхъ должны были прибѣгать къ посторонней помощи. Поэтому Катонъ совѣтуетъ при покупкѣ имѣнія обращать особенное вниманіе на то, есть ли въ окрестностяхъ имѣнія «operariorum copia» (большое количество рабочихъ рукъ) [2]). По тѣмъ же соображеніямъ Катонъ совѣтуетъ помѣщику относиться благожелательно къ сосѣдямъ и не озлоблять собственной челяди излишнею жестокостью. Тогда, поясняетъ онъ, «легче будетъ сбывать продукты, отдавать работы, нанимать рабочихъ. При постройкахъ можно тогда разсчитывать на ихъ поддержку трудомъ, вьючнымъ скотомъ и матеріалами, а въ случаѣ какого-нибудь бѣдствія на усердную защиту» [3]).

Изъ этихъ словъ можно заключить, что во времена Катона, наряду съ услугами, фактически оказывавшимися на почвѣ добрососѣдскихъ отношеній, практиковались отдача работъ съ подряда и наемъ чужихъ рабочихъ. Въ имѣніи средняго помѣщика вопросъ о томъ, какія работы подлежатъ выполненію средствами собственнаго хозяйства и какія должны быть поручены другимъ лицамъ, повидимому, игралъ весьма важную роль. Катонъ особливо подчеркиваетъ необходимость для помѣщика при посѣ-

---

[1]) Гл. XXXIX, 2: Cogitato, si nihil fiet, nihilo minus sumptum futurum.

[2]) Гл. I, 3.

[3]) Гл. IV, in fine: Vicinis bonus esto: familiam ne siveris peccare. Si te libenter vicinitas videbit, facilius tua vendes, operas facilius locabis, operarios facilius conduces: si aedificabis, operis, jumentis, materie adjuvabunt: si quid bona salute usus venerit, benigne defendent.

щеніи имѣнія лично отдавать распоряженія по этому предмету и притомъ непремѣнно въ письменной формѣ [1]). Но расходъ на оплату труда наемныхъ рабочихъ и подрядчиковъ считался въ ту эпоху очень обременительнымъ для средняго хозяина. Только этимъ можно объяснить, что въ числѣ обязанностей завѣдующаго (villicus) спеціально упоминается, что бы онъ не задерживалъ ни одного лишняго дня постороннихъ рабочихъ.

Гл. V, 4: operarium, mercenarium, politorem, diutius eundem ne habeat die [2]).

Кого однако Катонъ подразумѣваетъ подъ operarius и mercenarius [3]), только наемныхъ рабовъ, или также свободныхъ лицъ? Едва-ли возможно допустить, что copia operariorum, нахожденіе которыхъ въ окрестностяхъ признавалось особеннымъ достоинствомъ имѣнія, состояла изъ однихъ только невольниковъ. Откуда было имъ взяться въ большомъ количествѣ внѣ городовъ? Если и

---

1) Гл. II, 6: quae opera fieri velit et quae locari velit, uti imperet et ea scripta relinquat. Подобное противопоставленіе выполненія работъ собственными рабами или наемниками (quae in fundo fieri oportet) отдачѣ ихъ въ подрядъ (opus locare) встрѣчается у Катона неоднократно. См. напр. гл. 142 pr и 145, 1: si operarii conducti erunt aut facienda locata erit.

2) Такъ понимаютъ это неясное мѣсто Waaser, Die colonia partiaria стр. 72 и сл., Gummerus, ук. соч., стр. 26, 28, 87—Pernice Ztschr. f. Rg. 16 (I) стр. 58 и 20 (VII) стр. 100 считаетъ такое толкованіе несогласнымъ съ буквальнымъ смысломъ приведенныхъ словъ. Изъ нихъ, по его мнѣнію, можно вывести либо, что завѣдующій долженъ ежедневно отказывать рабочимъ (цѣли такого образа дѣйствія Пернисъ самъ не можетъ объяснить), либо, что одного и того же рабочаго нельзя занимать и днемъ и ночью. Но помимо того, что дѣлать это долгое время фактически невозможно, мы у Катона нигдѣ не встрѣчаемъ подобной заботливости о наемныхъ рабочихъ.

3) Politores не были наемными рабочими. Это были спеціалисты, принимавшіе на себя (обыкновенно за извѣстную долю продукта) ту или иную опредѣленную работу въ сельскомъ хозяйствѣ. Въ Dig. XII, 2 l. 52 § 2 договоръ съ politor (agrum politori in commune quaerendis fructibus dare) разсматривается, какъ товарищество. См., кромѣ сочиненій, указанныхъ въ предшествующемъ примѣчаніи, еще Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte (1897) стр. 55 и слѣд.

признать, что уже въ то время у отдѣльныхъ богачей имѣлся излишекъ рабовъ, которые отдавались ими въ наймы или вели съ разрѣшенія и за счетъ господина самостоятельный промыселъ, то едва-ли они оставались на мѣстахъ. Они или отправлялись въ города, гдѣ могли разсчитывать на постоянный спросъ, или странствовали изъ имѣнія въ имѣніе, нанимаясь на время или исполняя опредѣленныя работы по своей спеціальности за условленное вознагражденіе. Если же они были пригодны для сельскихъ работъ, то менѣе всего вѣроятно, что бы ихъ отпускали во время усиленнаго спроса на рабочія руки. Скорѣе можно согласиться съ предположеніемъ Гуммеруса [1]), что Катонъ имѣлъ въ виду проживавшихъ вокругъ имѣнія мелкихъ свободныхъ хозяевъ-крестьянъ, нуждавшихся въ дополнительномъ заработкѣ. Тѣмъ болѣе есть основаніе думать, что тѣ, которымъ работы отдавались по договору подряда (redemptores), были преимущественно свободными ремесленниками или крестьянами [2]). На redemptor'ахъ по Катону обыкновенно лежала обязанность нанимать необходимое количество рабочихъ и съ ними разсчитываться [3]), т. е. они выступали въ оборотѣ, какъ полноправные контрагенты отъ своего имени. Какъ бы то ни было, описаніе Катона не оставляетъ сомнѣнія, что въ области сельскаго хозяйства, наряду съ рабами, нанимались въ услуженіе и на отдѣльныя работы также свободныя лица. Трудомъ собственныхъ рабовъ и наемныхъ лицъ исполнялись работы, входившія въ кругъ собственной хозяйственной дѣятельности работодателя. Остальныя работы выдѣлялись изъ

[1]) Ук. соч., стр. 25. Ср. также Salvioli, Le capitalisme, стр. 130.

[2]) Въ гл. 146, 3 Катонъ, упоминая о leguli и factores, qui illic opus fecerint, говоритъ о причитающемся имъ, какъ договорнымъ контрагентамъ, вознагражденіи.

[3]) Гл. 144, 4 и 145, 1.

круга этой дѣятельности и поручались самостоятельнымъ лицамъ въ видѣ опредѣленнаго opus.

Въ послѣдніе вѣка республики и въ началѣ имперіи быстро развивается крупное сельское хозяйство. Оно стремится обходиться по возможности собственными средствами и имѣть достаточный постоянный запасъ собственныхъ рабочихъ силъ [1]). Сообразно съ этимъ возрастаетъ пользованіе трудомъ невольниковъ. Владѣльцы латифундій могутъ себѣ позволить роскошь держать рабовъ—спеціалистовъ по всѣмъ отраслямъ, особенно по всѣмъ ремесламъ. Не слѣдуетъ однако забывать, что кромѣ латифундій, описанныхъ въ сочиненіяхъ Варрона и особенно Колумеллы, существовали также среднія и мелкія помѣстья, которымъ такая роскошь была не по силамъ. Варронъ самъ на это указываетъ. Близость города, говоритъ онъ [2]), имѣетъ для имѣнія то преимущество, что избавляетъ отъ необходимости держать собственныхъ врачей, валяльщиковъ сукна (fullones) и другихъ мастеровъ и отъ безвыходнаго положенія въ случаѣ внезапной смерти такого раба—спеціалиста. Можно вступать въ соглашеніе съ живущими по сосѣдству спеціалистами, чтобы они ежегодно наѣзжали. Только latifundii divites, прибавляетъ Варронъ, могутъ содержать безъ надобности постоянный штатъ собственныхъ слугъ (domesticae copiae).

Тотъ же писатель свидѣтельствуетъ expressis verbis, что и въ его время сельскія работы отправлялись не одними только невольниками:

Гл. XVII, 2. Omnes agri coluntur hominibus, servis aut liberis aut utrisque: liberis, aut cum ipsi colunt, ut plerique pauperculi cum sua progenie, aut mercenariis, cum conducti-

---

[1]) Weber, Römische Agrargeschichte (1871) стр. 236, 267 и слѣд.

[2]) M. Terentii Varronis, Rerum rusticarum lib. I, гл. 16, 4.

ciis liberorum operis res majores, ut vindemias ac faenisicia administrant, iique quos obaerarios nostri vocitaverunt et etiam nunc sunt in Asia atque Aegypto et in Illyrico complures.

Варронъ различаетъ три категоріи свободныхъ рабочихъ: бѣдняковъ, работавшихъ вмѣстѣ съ членами своей семьи; рабочихъ, нанятыхъ за вознагражденіе для опредѣленной работы, какъ напримѣръ для сбора винограда или сѣнокоса; наконецъ, несостоятельныхъ должниковъ, отрабатывавшихъ свой долгъ [1]). Тутъ же онъ своимъ читателямъ даетъ жестокій совѣтъ пользоваться при работахъ въ опасныхъ для здоровья мѣстахъ преимущественно трудомъ свободныхъ лицъ, но, продолжаетъ онъ, и въ здоровыхъ мѣстахъ это иногда бываетъ болѣе выгодно. Колумелла упоминаетъ о свободныхъ рабочихъ лишь мимоходомъ [2]). Но мы уже знаемъ, что его сочиненіе посвящено исключительно латифундіямъ; веденія хозяйства въ болѣе скромныхъ размѣрахъ онъ совершенно не касается.

Въ городахъ торговля и промышленность были болѣе развиты и потребности болѣе многообразны. Соотвѣтственно съ этимъ и область примѣненія наемнаго труда была болѣе широкая. Правда, богатые люди имѣли свою familia urbana и непроизводительное растрачиваніе труда,—явленіе, неизмѣнно сопровождающее развитое рабское хозяйство,—тутъ достигало еще большихъ размѣровъ, чѣмъ въ

---

[1]) См. подробнѣе относительно obaerati Gnmmerus, ук. соч., стр. 62, Ihering, Geist d. r. R. II, 1, стр. 155. Варронъ упоминаетъ о нихъ скорѣе, какъ любитель старины. Въ его время ихъ уже только можно было встрѣтить внѣ Италіи. Въ другомъ мѣстѣ (De lingua latina гл. VII, 105) онъ отожествляетъ ихъ съ nexus: Liber, qui suas operas in servitute pro pecunia quadem debebat, dum solveret, nexus vocatur, ut ab aere obaeratus.

[2]) L. Junii Columellae, De re rustica lib. III, 21, 10 и lib. II, 2, 12. Ср. Gummerus, ук. соч., стр. 81.

имѣніяхъ [1]). «Римскій домъ, говоритъ Момсенъ, былъ какъ бы машиною: хозяинъ его пользовался всѣми умственными силами своихъ рабовъ и вольноотпущенниковъ, и тотъ человѣкъ, который умѣлъ управлять этими силами, работалъ какъ бы съ помощью безчисленныхъ умовъ» [2]). Спеціализація и раздѣленіе труда доходили до чудовищныхъ размѣровъ [3]). Но все же обширный штатъ несвободныхъ слугъ держали только лица особенно знатныя или несмѣтные богачи. Средній обыватель держалъ одного, двухъ рабовъ или же нанималъ себѣ прислугу и рабочихъ на то время, пока онъ въ нихъ нуждался. За спеціальными услугами онъ обращался къ лицамъ, промыселъ которыхъ состоялъ въ оказываніи таковыхъ за плату, напримѣръ, къ ремесленнику, повару, врачу, учителю и т. д. [4]).

---

[1]) См. Friedländer, Sittengeschichte Roms (7 Ausg). II, стр. 228, Marquardt, Privatleben der Römer I, стр. 139 и слѣд., Salvioli, ук. соч., стр. 199.

[2]) Момсенъ, Римская исторія, т. III, стр. 425 (изд. 2-ое, переводъ Веселовскаго).

[3]) Спеціализація рабскаго труда имѣла немаловажное юридическое значеніе. Различались двѣ обширныя категоріи: officium или ministerium и artificium. Въ случаѣ перехода изъ одной категоріи въ другую, рабъ, какъ объектъ оборота, мѣнялъ свою природу и становился другимъ предметомъ. Dig. 32, l. 65, § 1. Si ex officio quis ad artificium transierit, quidam recte putant, legatum extingui, quia officium artificio mutatur. Переходъ отъ одного artificium къ другому такого значенія не имѣлъ (non idem e contrario cum lecticarius coquus postea factus est). Ср. еще Dig. XL, 4, l. 24 и L, 15, l. 4, § 5. Въ искахъ о возмѣщеніи убытковъ при оцѣнкѣ работы спеціалиста принимались во вниманіе ея особенныя свойства въ то время, какъ трудъ обыкновеннаго поденщика оцѣнивался просто, какъ служба. Dig. VII, 7, l. 6 pr. Cum de servi operis artificis agitur, pro modo restituendae sunt, sed mediastini secundum ministerium. Operae artificiales, наконецъ, разсматривались какъ спеціальный доходъ съ капитала, потраченнаго на обученіе раба ремеслу, и потому принадлежали тому, за чей счетъ онъ обучался. Dig. VI, 1 l. 31... improbe tamen desiderabit petitor fructus aestimari, qui ex artificio ejus percipi potuerunt, quod artificium sumptibus possessoris didicit.

[4]) Salvioli, ук. соч., стр. 140.

Среди наемныхъ слугъ и рабочихъ, а также среди ремесленниковъ и другихъ лицъ, обслуживавшихъ публику по профессіи, вѣроятно преобладали рабы и вольноотпущенники, рабочею силою которыхъ распоряжались ихъ господа и патроны [1]). Но нѣтъ никакого сомнѣнія, что и свободнорожденные римскіе граждане въ значительномъ количествѣ исполняли тѣ же функціи. Объ этомъ свидѣтельствуютъ уже тѣ нареканія, которымъ они подвергались со стороны философовъ (см. ниже стр. 184). A priori невозможно допустить, что въ Римѣ съ его развитою торговлею и промышленностью [2]) весь громадный городской пролетаріатъ состоялъ изъ однихъ тунеядцевъ и жилъ одними только подачками, добровольно уступая всѣ трудовые доходы рабамъ.

Въ комедіяхъ Плавта, ареной которыхъ служила городская жизнь, договоры locatio conductio operarum и operis принадлежатъ къ наиболѣе распространеннымъ и употребительнымъ сдѣлкамъ; о нихъ упоминается чаще всѣхъ остальныхъ за исключеніемъ только купли-продажи [3]). Наемъ труда заключается у Плавта какъ свободными, такъ и несвободными лицами и, какъ хозяйственная операція, совершенно опредѣленно отличается отъ подряда (заказа) [4]). Послѣднимъ договоромъ conductor'y operis поручается за вознагражденіе опредѣленное дѣло, напримѣръ, перевозка винограда (Asin. II, 4, 26), обученіе раба ремеслу (Pseud. II, 2, 73) и т. под., исполняемое имъ

[1]) Marquardt, ук. соч., стр. 158 и слѣд.

[2]) Marquardt, ук. соч., II, стр. 381: «Vom Ende der Republik und die ganze Kaiserzeit hindurch ist Rom der Konzentrationspunkt für alle industriellen Erzeugnisse der alten Welt und zuletzt nebem Byzanz die Vermittlerin der gesammten antiken Kunsttechnik an das Mittelalter geworden». См. также Friedländer, ук. соч. I, стр. 15 и слѣд.

[3]) Demelius, Plautinische Studien въ Ztschr. f. RG. II (1863) стр. 189 и слѣд. Ср. также Гуляевъ, ук. соч., стр. 15 и слѣд.

[4]) Demelius, ук. соч., стр. 190.

своимъ иждивеніемъ и на свой рискъ [1]). При наймѣ труда (l. c. operarum), наоборотъ, рабочая сила отдается на время для опредѣленной цѣли во власть нанимателя [2]).

Свѣдѣнія, которыя мы находимъ у бытописателей послѣднихъ вѣковъ республики, такимъ образомъ не оставляютъ сомнѣній, что наемъ труда свободныхъ лицъ въ то время уже составлялъ въ римскомъ быту нормальное явленіе. Но мы въ источникахъ почти не встрѣчаемъ особыхъ нормъ, посвященныхъ найму такихъ лицъ. Можно ли отсюда заключить, что къ найму труда рабовъ и свободныхъ примѣнялись одни и тѣ же положенія?

Для отвѣта на этотъ вопросъ намъ прежде всего необходимо выяснить экономическую природу рабскаго труда [3]) и отношеніе къ нему римскаго гражданскаго права [4]).

Въ древнѣйшемъ римскомъ хозяйствѣ выгоды, извлекаемыя собственникомъ изъ труда своей familia—rustica и urbana,—экономически и юридически ничѣмъ не отличались отъ выгодъ, получаемыхъ имъ отъ другого имущества [5]). Рабочая сила раба разсматривалась какъ

---

[1]) Bach. IV, 4, 180: Mea fiducia opus conduxi et meo periculo rem gero.

[2]) Trin. IV, 2, 1. ...operam meam
Tribus nummis hodie locavi ad artes nugatorios
Aulul. III, 3, 7. ...intro abite: opera huc conductast vostram, non oratio.

[3]) Ср. къ слѣд. Rodbertus, Untersuchungen auf dem Gebiete der Nationalökonomie des klassischen Altertums въ Hildebrandt's Jhrb. f. Nat. u. Stat. IV, V и VIII, Scheel, Die wirtschaftlichen Grundbegriffe im Corpus juris, тамъ же, т. VI, Cicotti, Il tramonto de la schiavitù nel mondo antico (1899), Salvioli, ук. соч.

[4]) Ср. Petrazycki, Lehre vom Einkommen I (1893), II (1895), Leist въ Ausführl. Erläut. d. Pandekten (Glück), Serie der Bücher 37 и 38, Teil V, § 155 и слѣд.

[5]) Подробнѣе о понятіи «familia», какъ составной части имущества, въ отличіе отъ pecunia см. Karlowa, Röm. Rg. II, стр. 73 и слѣд., Mitteis, Röm. Privatrecht (въ Binding's Handb. d. deut RW. VI, 1) стр. 79 и слѣд., Pernice, Labeo I, стр. 324. Ср. Dig. L, 16, l. 195, § 1 и слѣд.

капиталъ, регулярный доходъ съ котораго составляли operae servi [1]), и римскіе юристы совершенно послѣдовательно примѣняли къ этому виду доходовъ положенія о fructus.

Dig. VII, 7, l. 4. Fructus hominis in operis consistit, et retro in fructu hominis operae sunt. Et ut in ceteris rebus fructus deductis necessariis impensis intelligitur, ita et in operis servorum.

Собственникъ могъ или самъ пользоваться рабочею силою своего раба или извлекать изъ нея выгоды, предоставляя ее за вознагражденіе другому лицу; въ такомъ случаѣ свойство fructus переходило на получаемое имъ вознагражденіе.

Ibid. l. 3: I. 3: In hominis usufructu operae sunt, et ob operas mercedes.

Dig. V, 3, l. 29. Mercedes plane a colonis acceptae loco sunt fructuum. Operae quoque servorum in eadem erunt causa qua sunt pensiones. Item vecturae navium et jumentorum.

Для собственника раба отдача его въ вещное пользованіе и предоставленіе другому за вознагражденіе личнаго права на его трудъ, были только различными формами извлеченія изъ него дохода. Трудъ и выручаемая за него заработная плата имѣли для него одинаковую юридическую природу; оба составляли fructus servi [2]). Въ такомъ же положеніи, какъ собственникъ, находился всякій, кто въ силу принадлежавшаго ему вещнаго права на чужого раба, имѣлъ возможность извлекать изъ его рабочей силы регулярный доходъ. Для нихъ также operae были fructus hominis, a merces—fructuum loco.

---

[1]) Поэтому въ римскомъ хозяйственномъ быту и не чувствовалась такъ остро противоположность интересовъ капитала и труда. См. Rodbertus, ук. соч., IV, стр. 343.

[2]) Scheel, ук. соч., стр. 336.

Иначе обстояло дѣло, когда право на operae не имѣло своимъ источникомъ вещное право надъ личностью раба. Для того лица, которому по договору или другой сдѣлкѣ предоставлялось личное право на operae опредѣленнаго количества или качества въ обмѣнъ на вознагражденіе, эти operae были не доходомъ, а капиталомъ; доходъ же его состоялъ въ томъ, что онъ, за вычетомъ расходовъ, пріобрѣталъ ex operis servi. Въ источникахъ совершенно опредѣленно различается operas dare (servire), какъ предметъ обязательства и какъ предметъ вещнаго обладанія.

Dig. 40, 7, l. 4, § 4. Stichus, si Titio per triennium servierit, vel si illi centum operas dederit liber esto; constat, hoc modo libertatem utiliter dare posse; nam et alienus servus servire nobis potest, sicuti liber, et multo magis operas dare, *nisi testator servitutis appellatione dominium magis, quam operam intellexit;* ideoque, si prohibet heres Titio servire, pervenit ad libertatem.

Что operae имѣли характеръ то капитала, то дохода (fructus) въ зависимости отъ отношенія управомоченнаго лица къ ихъ источнику, въ этомъ не заключалась какая-нибудь свойственная исключительно имъ особенность. Съ тѣмъ-же явленіемъ мы встрѣчаемся при наймѣ вещей и во многихъ другихъ случаяхъ [1]). Однако operae servi въ одномъ пунктѣ существенно отличались отъ другихъ видовъ имущественныхъ выгодъ: они мысленно отдѣлялись отъ своего источника,—отъ личности раба,—и разсматривались, какъ самостоятельный объектъ оборота, какъ особаго рода цѣнность составляющая отдѣльный предметъ сдѣлки. Чѣмъ-же это можно объяснить?

Уподобленіе рабовъ вещамъ вообще не доводилось римлянами до абсурда. Оно не мѣшало имъ считаться съ

---

[1]) Petrazycki, ук. соч., стр. 20 и слѣд., 47 и слѣд.

ихъ естественными свойствами [1]), съ фактическою разницею между человѣческою личностью и остальными объектами обладанія и съ значеніемъ этой разницы для народнаго хозяйства. Для того, чтобы матеріальная вещь проявляла свою способность удовлетворять человѣческимъ потребностямъ, свою полезность, необходимо то или другое внѣшнее на нее воздѣйствіе, которое можетъ исходить отъ любого лица. Рабочею силою человѣка управляютъ только его собственная воля и разумъ; въ нихъ онъ проявляетъ свою духовную личность. Его трудъ играетъ въ народномъ хозяйствѣ роль творческаго фактора и самостоятельнаго источника благъ.

Сообразно съ этимъ отдача вещи въ пользованіе мыслилась римлянами, какъ предоставленіе возможности извѣстнаго воздѣйствія на нее со стороны нанимателя или какъ обѣщаніе такого воздѣйствія со стороны самаго наймода-

---

1) Наиболѣе яркое отступленіе отъ взгляда на раба, какъ на «капиталъ», единственное назначеніе котораго состояло въ принесеніи доходовъ, заключается въ категорическомъ отрицаніи римскими юристами возможности причислить partus ancillae къ «плодамъ», въ разграниченіи ими жизнедѣятельности раба и его хозяйственныхъ функцій. Они мотивировали это отступленіе противоестественностью уравненія потомства человѣка съ приплодомъ животныхъ. Dig. XXII, 1 l. 28, § 1 (Gaius) Partus vero ancillae in fructu non est, itaque ad dominum proprietatis pertinet; absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit; Dig. V, 3 l. 27 (Ulpianus) Ancillarum etiam partus et partuum partus quamquam fructus esse non existimantur, quia non temere ancillae eius rei causa comparantur, ut pariant, augent tamen hereditatem... Ср. также VII, 1 l. 68. Проф. Петражицкій (ук. соч. I, стр. 8 и 82) считаетъ приведенныя объясненія Гая и Ульпіана несостоятельными. Дѣйствительное основаніе непричисленія partus ancillae къ fructus онъ усматриваетъ въ томъ, что рожденіе дѣтей у людей не столь регулярное явленіе, какъ у животныхъ, и потому на немъ нельзя строить хозяйственныхъ расчетовъ. Но оно все же при извѣстномъ возрастѣ и состояніи здоровья родителей явленіе нормальное и обыкновенное, съ которымъ рабовладѣльцы считались и котораго они планомѣрно добивались. См. Varro de r. r. II, 10, 6 и II, 1, 26, Columella I, 8, 19. Сдѣлки о могущемъ родиться отъ рабыни ребенкѣ въ Римѣ не были рѣдкостью. Ср. напр. Dig. XIX, 1 l. 21 pr.

теля. Способность вещи къ принесенію ожидаемыхъ выгодъ, напримѣръ пригодность дома для жилья [1]), корабля для перевозки, земельнаго участка для обработки, застройки или пастьбы и т. д. ими никогда не отдѣлялась отъ самой вещи и не возводилась въ отдѣльный объектъ оборота, въ отдѣльную цѣнность. Editio operarum наоборотъ, совершалась рабомъ безъ непосредственнаго воздѣйствія и участія какъ наймодателя (господина), такъ и нанимателя. Право на operae раба было правомъ на присущую ему, какъ человѣку, производительную силу, представлявшую самостоятельную цѣнность, отличную отъ цѣнности капитала—раба.

Такимъ образомъ естественная разница между человѣкомъ и вещью привела къ дифференцированію въ воззрѣніяхъ римлянъ operae servi и самаго раба. По отношенію ко всѣмъ остальнымъ имущественнымъ выгодамъ для подобнаго разграниченія не было почвы. Operae—единственный видъ выгодъ, причисляемый римлянами къ вещамъ (res) [2]) и игравшій въ оборотѣ роль отдѣльнаго мѣнового объекта. Правда, и operae физически не могли быть отдѣляемы отъ рабочей силы раба, такъ что ихъ обѣщаніе фактически связывало самую личность раба. Этимъ можно объяснить, что въ источникахъ иногда употребляется выраженіе servum, hominem, se locare, servus conductus и т. подъ. [3]). Но обыкновенно въ тѣхъ случаяхъ, когда предметомъ сдѣлки является трудъ человѣка, юристы говорятъ о locatio operarum.

---

[1]) Въ Dig. XIX, 2, l. 5, правда, употребляется выраженіе «locare habitationem», но habitatio тутъ, какъ въ нѣкоторыхъ другихъ мѣстахъ источниковъ, означаетъ «жилище», а не способность служить для жилья.

[2]) Dig. XXXVIII, 2 l. 22, aliud enim est de operis, aliud de ceteris rebus.

[3]) О постепенной дифференціаціи понятій locare servum и locare operas см. Deschamps, Sur l'expression «locare operas»—et le travail comme objet de contrat à Rome въ «Mélanges» Girardin (1907).

Представленіе о трудѣ, какъ особой цѣнности и самостоятельномъ объектѣ оборота, пустило столь глубокіе корни, съ нимъ такъ свыклись, что трудъ раба даже могъ быть предметомъ договора, заключеннаго съ нимъ самимъ, какъ органомъ своего господина, или въ предѣлахъ предоставленной ему имущественной самостоятельности (peculium). Рабъ могъ отдавать свои собственные operae, и могъ ихъ пріобрѣтать [1]), «также какъ онъ бралъ въ займы деньги». Dig. XV, 1, l. 37, § 3. Nihil interest, operas suas conduxerit servus a fructuario, an pecuniam mutuam ab eo acceperit.

Предоставленіе рабу возможности ex operis suis se exhibere [2]), т. е. предоставленіе ему хозяйственной самостоятельности (за плату или въ видѣ дара) [3]), какъ мы уже говорили, было въ Римѣ обычнымъ явленіемъ. Такой рабъ самъ нанимался въ услуженіе (operas suas [4]) или se locabat) [5]), но все, что онъ пріобрѣталъ, юридически принадлежало его господину [6]), если только уплачиваемыя господину суммы или исполняемыя по его порученію работы не должны были служить выкупомъ за обѣщанную рабу подъ такимъ условіемъ свободу (statuliber) [7]).

Мы видимъ такимъ образомъ, что, признавая operae по отношенію къ собственнику раба за fructus наравнѣ со всякими другими доходами съ капитала [8]), чуткіе къ воззрѣніямъ жизни римскіе юристы съумѣли и въ усло-

---

[1]) Это относится также къ operae liberti см. Dig. XXXVIII 1, l. 25 § 4 Nonnunquam autem ipsis libertis postulantibus patroni operas locant...

[2]) Dig. X, 4, l. 11, § 1.

[3]) ...Quamvis donaverim ei operas suas, tamen, quidquid ex operis suis acquiret, mihi acquiri.

[4]) Напр. Dig. XLVIII, 15, l. 6. § 1.

[5]) Напр. Dig. XIX, 2, l. 60, § 7.

[6]) Dig. VII, 1, l. 21.

[7]) Dig. XL, 7, l. 3, § 8.

[8]) Dig. XII, 6, l. 55, V, 3, l. 29.

віяхъ рабскаго хозяйства оттѣнить своеобразность труда, какъ объекта оборота и какъ самостоятельнаго творческаго фактора въ народномъ хозяйствѣ. По отношенію къ рабамъ представленіе объ отдачѣ въ пользованіе ихъ самихъ, какъ вещи, замѣнено болѣе утонченнымъ и близкимъ къ дѣйствительности представленіемъ объ отдачѣ ихъ труда (locare operas), какъ отдѣльнаго источника благъ [1]). Причисленіе рабовъ къ составу имущества не помѣшало римскому праву проводить грань между извлеченіемъ выгодъ изъ чужой вещи и изъ чужого труда. Этимъ было положено начало отдѣленію личнаго найма отъ имущественнаго и обособленію перваго въ самостоятельный договорный типъ, развитіе котораго только не было доведено римскимъ правомъ до конца.

Разъ допускалась возможность отчужденія труда рабовъ отдѣльно отъ ихъ личности, необходимо было точнѣе опредѣлить содержаніе и предѣлы понятія объ operae. Участіе рабовъ въ хозяйственной и правовой жизни не исчерпывалось ихъ трудомъ. Рабъ служилъ также органомъ своего господина, черезъ котораго тотъ пріобрѣталъ права и въ извѣстныхъ предѣлахъ могъ обязываться. Черезъ посредство своихъ рабовъ можно было наслѣдовать, получать легаты, подарки или случайно обогащаться, напр. нахожденіемъ клада. Необходимо было слѣдовательно, установить границу между дѣятельностью, въ которой проявлялись отданныя по договору operae, и остальною дѣятельностью раба, такъ какъ результаты той и другой могли принадлежать разнымъ лицамъ.

Римское право различало три способа пріобрѣтенія черезъ подвластныхъ лицъ: ex operis, ex re, extra eas cau-

---

[1]) Поэтому нельзя согласиться съ положеніемъ, высказаннымъ Виндшейдомъ (Pand. II, § 399, № 2), что «римляне видѣли въ наймѣ труда раба наемъ самаго раба».

sas. Все, что пріобрѣталось ex re или ex aliis causis, принадлежало тому лицу, въ чьей власти находился рабъ [1]). Когда власть надъ нимъ дѣлилась между нѣсколькими лицами такъ, что одному принадлежало право собственности, другому jus in re aliena (сюда же относится также случай отдачи раба въ приданое), то и для второго открывалась возможность пользоваться имъ, какъ хозяйственнымъ органомъ, и всѣ, что пріобрѣталось ex re eius, т. е. имущественными средствами, въ имущественной сферѣ пользователя, доставалось ему [2]).

Въ какой мѣрѣ пріобрѣтенное ex operis servi принадлежало *вещному* пользователю, это зависѣло отъ характера его вещнаго права на раба: узуарію оно принадлежало въ предѣлахъ его личныхъ хозяйственныхъ потребностей [3]), узуфруктуарію полностью [4]). Все остальное принадлежало собственнику раба [5]).

Когда по договору или по завѣщанію кому-нибудь предоставлялось *обязательственное* право требовать operae servi, то этимъ для кредитора еще не создавалась возможность пользоваться рабомъ, какъ органомъ для пріобрѣтенія черезъ него правъ и обязанностей, ибо личность раба юридически оставалась внѣ обязательства. Поэтому не могли даже возникнуть сомнѣнія, кому принадлежитъ

---

[1]) Dig. XLI, 1, l. 10, § 3. De his autem servis, in quibus tantum usufructum habemus, ita placuit, ut, quidquid ex re nostra, vel ex operis suis acquirant, id nobis acquiratur; si quid vero extra eas causas persecuti sint, id ad dominum proprietatis pertinet. Itaque si is servus heres institutus sit, legatumve quid, aut ei donatum fuerit, non mihi, sed domino proprietatis acquiritur.

Ibid., § 4... Itaque quod extra duas causas acquiritur, id vel ad ipsum pertinet, si liber est, vel ad dominum eius, si servus est. Ср. Petrazycki, ук. соч. I, стр. 61 и слѣд., стр. 254 и passim.

[2]) Dig. VII, 1, l. 21 и VII, 8, l. 20; XLI, 2, l. 1, § 8 и l. 49 pr.

[3]) Dig. VII, 8, l. 14 и l. 12, § 6.

[4]) Dig. VII, 1, l. 23.

[5]) Dig. XLI, 1, l. 63, § 3.

пріобрѣтенное рабомъ ex re и ex aliis causis. Онъ оставался органомъ своего господина въ силу положенія non solet locatio dominium mutare. Тутъ слѣдовательно только важно было опредѣлить, какая дѣятельность подразумѣвалась подъ operae и могла требоваться нанимателемъ, какая нѣтъ.

Этотъ вопросъ подробно освѣщенъ римскими юристами, но не столько по поводу найма рабовъ, сколько въ связи съ ученіемъ объ operae libertorum [1]).

По римскимъ воззрѣніямъ господинъ, отпуская своего раба на волю, пріобрѣталъ тѣмъ самымъ право на вѣчную благодарность за дарованное ему grande beneficium libertatis [2]). Поэтому бывшій рабъ нравственно обязанъ былъ къ obsequium и officium. т. е. «онъ долженъ былъ вести себя такъ, какъ приличествуетъ въ каждомъ конкретномъ случаѣ человѣку, чувствующему себя нравственно обязаннымъ служить другому» [3]). Однако для практическихъ римлянъ представляла интересъ не душевная привязанность либерта, а возможность безвозмездно пользоваться его трудомъ. Изъ officium вытекала обязанность служить патрону, работать на него [4]), но это былъ только нравственный долгъ либерта [5]), къ исполненію котораго его нельзя было принудить судебными мѣрами. Поэтому въ практической

---

[1]) Ср. къ этому вопросу Leist въ ук. соч., Lemonnier, Etude historique sur la condition privée des affranchis (1887), Karlowa, ук. соч. II, стр. 145 и слѣд.

[2]) Dig. XXXVIII, 2, l. 1... Namque, ut Servius scribit, antea soliti fuerunt a libertis durissimas res exigere, scilicet ad remunerandem tam grande beneficium, quod in libertos confertur, cum ex servitute ad civitatem Romanam perducuntur.

[3]) Опредѣленіе Лейста ук. соч. ч. 5, стр. 216.

[4]) Dig. XXXVIII, 1, l. 22... cum enim operarum editio nihil aliud est, quam officii praestatio.

[5]) Dig. XII, 6, l. 26, § 12... natura enim operas patrono libertus debet... О природѣ этого обязательства см. Schwanert, Die Naturalobligation des römischen Rechts (1861), стр. 114 и слѣд.

жизни прибѣгали къ болѣе дѣйствительному способу. Чтобы обезпечить себѣ право на трудъ либерта, съ него еще до отпущенія на волю брали присягу, что онъ обязуется служить патрону или работать для него, когда сдѣлается свободнымъ. Потомъ обыкновенно при самой манумиссіи это обѣщаніе повторялось въ формѣ стипуляціи. Неисполненіе обѣщаннаго не только давало господину право искать возмѣщенія убытковъ; онъ могъ также прибѣгать къ принудительнымъ мѣрамъ (coercitio, interdictum de liberto exhibendo) и даже посредствомъ accusatio ingrati добиваться уголовнаго наказанія либерта вплоть до возвращенія его въ рабство. При такихъ условіяхъ impositio operarum, хотя она и облекалась въ форму стипуляціи, нельзя считать договоромъ въ смыслѣ свободнаго соглашенія. Во всякомъ случаѣ она не имѣла ничего общаго съ договоромъ личнаго найма, кромѣ того, что тутъ и тамъ обѣщались operae. Мы поэтому остановимся только на выясненіи того, что подразумѣвалось подъ operae libertorum, такъ какъ только это имѣетъ значеніе для интересующей насъ области найма труда.

Со времени своего освобожденія либертъ становился хозяиномъ своего имущества и своей личности; во власти патрона оставались только его operae, какъ самостоятельный и отдѣльный въ его личности имущественный объектъ. Необходимо было поэтому точно опредѣлить ихъ содержаніе и объемъ. Въ источникахъ мы находимъ по этому поводу два довольно лаконическихъ общихъ положенія:

Dig. 38, 1, l. 1. Operae sunt diurnum officium.

Dig. VII, 7, l. 1. Opera in actu consistit, nec ante in rerum natura est, quam si dies venit, quo praestanda est.

Представленіе объ operae у римлянъ неразрывно связывалось съ опредѣленнымъ періодомъ времени, каковымъ регулярно являлся рабочій день. Въ этомъ смыслѣ operae

обозначаются какъ diurnum officium. Разъ въ опредѣленный день обязанное лицо не работало, трудъ этого дня пропадалъ безвозвратно (dari non potest) [1]), и требовать можно было только его денежнаго эквивалента. Обѣщать извѣстное количество operae (напр. 100 operas) или всѣ свои operae въ теченіе извѣстнаго срока, напр. мѣсяца или года, значило обѣщать свой трудъ въ теченіе опредѣленнаго количества рабочихъ дней [2]), хотя бы вознагражденіе по договору и было условлено не по времени, а сдѣльно (certam summam propter certas operas) [3]) или огуломъ [4]). Исполненіе operae въ этомъ смыслѣ по естественнымъ причинамъ не могло быть ни моментальнымъ, ни безпрерывнымъ. По выраженію римскихъ юристовъ operae singulae edendae sunt, per singulos dies dantur и въ то же время они natura sui necessariam habent temporis divisionem, inesse enim videtur tempus operarum praestationi [5]). Трудъ каждаго рабочаго дня составлялъ опредѣленную недѣлимую единицу, отдѣльную потенціальную имущественную цѣнность. До наступленія этого дня operae не

---

[1]) Dig. XXXVIII, 1, l. 8.

[2]) Dig. XLV, 1, l. 54, § 1. Operarum stipulatio similis est his stipulationibus, in quibus genera comprehenduntur; et ideo divisio eius stipulationis non in partes operarum, sed in numerum cedit...

[3]) Dig. VII, 1, l. 26. (Paulus). Si operas suas locaverit servus fructuarius, et imperfecto tempore locationis usufructus interierit, quod superest, ad proprietarium pertinebit. Sed et si ab initio certam summam propter operas certas stipulatus fuerat, capite deminuto eo idem dicendum est. Выраженіе «certae operae» неясно. Въ техническомъ смыслѣ слово operae означаетъ трудъ въ теченіе рабочаго дня и потому можетъ казаться, что рѣчь идетъ объ опредѣленномъ количествѣ рабочихъ дней. Но тогда непонятно, чѣмъ оба случая, о которыхъ говорится въ приведенномъ фрагментѣ, отличаются одинъ отъ другого. А что это разные случаи, явствуетъ уже изъ словъ «sed et si». Болѣе вѣроятно, поэтому, что слово operae тутъ не употреблено въ техническомъ смыслѣ и что «certae operae» означаетъ конкретно опредѣленныя работы, за которыя условлена аккордная плата.

[4]) Dig. XIX, 2, l. 51, § 1.

[5]) Dig. XL, 7, l. 20, § 5. Ср. также XXXV, 1, l. 57.

могли быть потребованы [1]), ибо ихъ, какъ дѣйствія, подлежащаго исполненію, еще не было in natura rerum. Ихъ реальное существованіе обусловливалось тѣмъ, чтобы они въ назначенный день проявлялись въ извѣстныхъ дѣйствіяхъ (eduntur). Но разъ это не было исполнено, operae praeteritae уже можно было только требовать въ видѣ имущественнаго эквивалента непроявленнаго труда, наравнѣ съ неуплаченнымъ долгомъ (pecunia credita) [2]).

Конкретное содержаніе operae, ихъ характеръ и размѣры могли конечно, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ устанавливаться и фактически нерѣдко устанавливались соглашеніемъ сторонъ. Однако въ условіяхъ рабскаго хозяйства существеннымъ должно было казаться только соглашеніе о количествѣ рабочихъ дней, въ теченіе которыхъ трудъ работника принадлежалъ нанимателю. Способъ пользованія всецѣло предоставлялся его усмотрѣнію, лишь бы при этомъ не умепьшалась капитальная цѣнность раба и не нарушались права его собственника. Отъ злоупотребленій хозяйскою властью нанимателя раба удерживала тяготѣвшая надъ нимъ отвѣтственность за поврежденіе или гибель чужого имущества. Не такъ обстояло дѣло по отношенію къ либертамъ. Для обузданія патроновъ потребовался рядъ спеціальныхъ законодательныхъ мѣръ, направленныхъ на обезпеченіе вольноотпущенникамъ дарованной имъ свободы и на охрану ихъ личности. (Эти мѣры въ то же время даютъ намъ нѣкоторое представленіе о минимумѣ неотъемлемыхъ правъ личности, съ которыми въ Римѣ долженъ былъ считаться всякій, пользовавшійся трудомъ свободнаго человѣка). Такъ на

[1]) Dig. XXXVIII, 1, l. 3 pr. (Pomponius): Operas stipulatus ante peractum diem operam eius dici petere non potest. § 1. Nec pars operae per horas solvi potest, quia id est officii diurni...

[2]) Ibid., l. 4 и l. 13, § 2: judicium de operis tunc locum habet, cum operae praeterierunt.

патрона налагалась обязанность давать эксплоатируемому имъ либерту средства къ жизни или возможность ихъ зарабатывать (Dig. 38, 1, l. 18 и l. 50, § 1), оставлять ему досугъ, необходимый для ухода за своимъ тѣломъ (l. 22, § 2), требовать отъ него только работы jure licitae (l. 7, § 3), honestae et sine periculo vitae (l. 16) и соотвѣтствовавшей его возрасту, силамъ, профессіи, общественному и имущественному положенію (l. 17 и 50). Патрону, наконецъ, запрещалось mercedem capere, выговаривать себѣ вознагражденіе за отпущеніе на волю въ формѣ возложеннаго на либерта денежнаго выкупа (Dig. XL, 9, l. 32. § 1), или въ видѣ права отдавать его трудъ въ возмездное пользованіе вмѣсто того, чтобы имъ лично пользоваться (l. 25) [1]).

Уже проведеніе послѣдняго запрета, при громадномъ экономическомъ значеніи труда либертовъ, повидимому, встрѣтило сильное сопротивленіе. По крайней мѣрѣ изъ дошедшихъ до насъ фрагментовъ видно явное стремленіе юристовъ смягчить его. Они старались,—хотя и съ очевидною натяжкою—доказать, что отдача въ наймы такихъ operae liberti, для которыхъ патронъ не имѣлъ примѣненія въ собственномъ хозяйствѣ, не должна разсматриваться, какъ «mercedem ab eo capere».

Dig. XXXVIII, 1, l. 25. (Ulpianus). Patronus, qui operas liberti sui locat, non statim intelligendus est mercedem ab eo capere, sed hoc ex genere operarum, ex persona patroni atque liberti colligi debet. § 1. Nam si quis pantomimum vel archimimum libertum habeat, et eius mediocris patrimonii sit, ut non aliter operis eius uti possit, quam locaverit eas, exigere magis operas, quam mercedem capere

[1]) Все, выходящее за эти предѣлы, признавалось за oneratio libertatis и либерту для защиты своихъ интересовъ давалось exceptio onerandae libertatis causa impositi. Dig. XLIV, 5, l. 1, § 5.

existimandus est. § 2. Item plerumque medici servos eiusdem artis libertos perducunt, quorum operis perpetuo uti non aliter possunt, quam ut eas locent. Ea et in ceteris artificibus dici possunt. § 3. Sed qui operis liberti sui uti potest, et locando pretium earum consequi mallet is existimandus est mercedum ex operis liberti sui capere. § 4. Nonnunquam autem ipsis libertis postulantibus patroni operas locant, quo facto pretium magis operarum, quam mercedem capere existimandi sunt.

Но и этого льготнаго толкованія оказалось недостаточно. Необходимо было найти для патроновъ средство участвовать въ выгодахъ, извлекаемыхъ либертомъ изъ самостоятельно отправляемаго имъ ремесла. Возможно, что раньше такимъ средствомъ служило принудительное товарищество между патрономъ и либертомъ, но впослѣдствіи societates libertatis causa factae были объявлены недѣйствительными [1]). Тогда съ раба-ремесленника стали брать обѣщаніе, что имъ будутъ выполняться опредѣленныя работы по его спеціальности въ пользу патрона или, по его указанію, для другихъ лицъ. Такія работы назывались operae fabriles. Не только экономически, но и по своей юридической природѣ эти operae существенно отличались отъ остальныхъ, носившихъ названіе operae officiales. Разница между тѣми и другими состояла 1) въ томъ, что operae officiales подлежали исполненію по указанію и ex commodo патрона, т. е. когда онъ ихъ потребуетъ (l. 22), fabriles же были заранѣе конкретно опредѣленная certa species operarum. Если не былъ условленъ опредѣленный срокъ, либертъ долженъ былъ приступить къ ихъ исполненію ex die interpositae stipulationis (l. 24). 2) Operae officiales имѣли строго пиди-

[1]) Ibid. l. 36. (Ulpianus). Labeo ait, libertatis causa societatem inter libertum et patronum factam ipso jure nihil valere, palam esse.

видуальный характеръ: proprietas earum et in edentis persona et in eius, cui eduntur, consistit. Поэтому они по общему правилу не могли оказываться другому лицу, кромѣ патрона. Исключеніе отсюда составлялъ только трудъ спеціалистовъ (operae artificiales), насколько онъ превышалъ потребность въ немъ самаго патрона. Operae fabriles, наоборотъ, имѣли чисто имущественный и притомъ замѣнимый характеръ, т. е. не были связаны съ личностью патрона или либерта. Они quasi in pecuniae praestatione consistunt, переходятъ по наслѣдству (l. 6) и a quocunque cuicunque solvi possunt. Наконецъ, 3) къ operae fabriles либертъ не обязанъ naturaliter: поэтому онъ, исполнивъ ихъ indebite, могъ кондицировать ихъ стоимость [1]).

Римскіе юристы подробно выясняютъ эти различія, но не даютъ опредѣленія самыхъ понятій operae officiales и fabriles. Повидимому, смыслъ этихъ бытовыхъ терминовъ у ихъ современниковъ не возбуждалъ сомнѣній. Въ настоящее время мнѣнія ученыхъ о ихъ смыслѣ и значеніи расходятся [2]). Ихъ разграниченіе особенно затруд-

---

[1]) Dig. XII, 6, l. 26, § 12.

[2]) См. краткій обзоръ различныхъ взглядовъ у Карлоза, ук. соч. I[V], стр. 144. Большинство видитъ отличительный признакъ op. officiales въ томъ, что въ ихъ основаніи лежитъ officium въ смыслѣ нравственной связи, другіе въ томъ, что они относятся къ области officium въ смыслѣ обслуживанія патрона (Лейстъ). Въ послѣднее время Митейсъ (Ztschr. f. RG. 23, 1902, стр. 143) высказалъ новое, очень оригинальное предположеніе. Онъ пытается доказать посредствомъ довольно смѣлаго толкованія относящихся сюда фрагментовъ, что operae fabriles вообще не принадлежали къ operae libertatis causa impositae. Послѣднія всегда назывались officiales, а fabriles назывались услуги, которыя либертъ, какъ самостоятельный ремесленникъ, оказывалъ патрону независимо отъ манумиссіи на основаніи договора. Митейсъ однако не поясняетъ, зачѣмъ въ титулѣ объ operae libertorum въ такомъ случаѣ вообще упоминается объ operae fabriles и почему op. officiales противопоставляются имъ, а не всѣмъ вообще договорнымъ обязательствамъ либерта. Вѣдь нѣтъ сомнѣнія, что требовать отъ либерта работъ, кромѣ libertatis causa impositae, патронъ не имѣлъ права, если оно ему не было предоставлено, и что, какъ контрагентъ своего либерта, онъ находился въ такомъ же положеніи, какъ всякое другое лицо.

няется тѣмъ, что и operae officiales, когда они состояли въ услугахъ спеціалиста (in artificio sunt), могли по приказанію патрона оказываться третьимъ лицамъ и, слѣдовательно, также не имѣли строго индивидуальнаго характера (l. 9, § 1; XII, 6, l. 26, § 12). Чѣмъ же такія operae officiales отличались отъ operae fabriles?

Fabri [1]) назывались лица, занимавшіяся опредѣленнымъ ремесломъ (главнымъ образомъ работою надъ твердыми веществами, какъ дерево, металлъ и пр.). Это были большею частью свободныя лица, исполнявшія у себя въ мастерской или у заказчика на дому опредѣленныя работы по договору подряда. Но названіе faber иногда примѣнялось также къ рабамъ—ремесленникамъ, входившимъ въ составъ familia [2]). Только въ очень крупномъ хозяйствѣ можно было имѣть постоянныя занятія для такихъ рабовъ, и потому ихъ, вѣроятно, обыкновенно отпускали на заработки. Faber—типъ самостоятельнаго ремесленника; operae fabriles—наиболѣе типичный примѣръ занятій ремесломъ въ видѣ профессіи, но не единственный видъ такихъ занятій. Это явствуетъ изъ того, что юристы, говоря о ремесленномъ трудѣ, называютъ его fabriles ceteraeque (l. 6), fabriles aliaeve (l. 9, § 1), fabriles vel pictoriae vel aliae (XII, 6, l. § 12) и т. д. Рѣчь, слѣдовательно, идетъ не объ одной опредѣленной категоріи мастеровъ, а о мастерахъ вообще.

Когда промыселъ fabri или тому подобная спеціальность отправлялась рабомъ, наложеніе на него при ману-

Dig. XXXIX, 1, l. 31. Operis non impositis manumissus, etiamsi ex sua voluntate aliquo tempore praestiterit, compelli ad praestandas, quas non promisit, non potest.

[1]) См. Pauly-Wissowa, Realencyclopaedie s. v. fabri.

[2]) Dig. XXXIII, 7, l. 12, § 5. У Катона и Варрона, а также, за немногими исключеніями, въ Corpus juris, когда рѣчь идетъ о fabri, имѣются въ виду свободныя лица. Ср. Gummerus, ук. соч., стр. 37, 42, 68 и слѣд.

миссіи обязанностей рабочаго или служащаго въ хозяйствѣ патрона имѣло бы послѣдствіемъ отвлеченіе его отъ своего дѣла и разстройство этого дѣла. Назначить денежный выкупъ законъ не позволялъ. Осталась только одна возможность: обязывать такого либерта къ исполненію опредѣленныхъ работъ, относящихся къ его промыслу, для патрона или для кого онъ укажетъ. Это и были operae fabriles или pictoriae или другія, смотря по профессіи либерта. Юристы же въ своихъ разсужденіяхъ упоминаютъ только о fabriles, какъ наиболѣе общемъ и обыкновенномъ типѣ самостоятельной профессіональной дѣятельности. Характерно для operae fabriles именно то, что они исполнялись либертомъ *въ сферѣ своего промысла*, какъ предпринимателемъ, въ то время, какъ operae officiales состояли въ помощи, оказываемой либертомъ патрону по мѣрѣ надобности въ его хозяйственной дѣятельности. Патронъ могъ, конечно, оставлять у себя на службѣ раба, изучившаго ту или другую спеціальность (artifex), и въ такомъ случаѣ, какъ мы видѣли, ему позволялось въ видѣ исключенія предоставлять пользованіе его трудомъ, насколько онъ самъ въ немъ не нуждался, другимъ лицамъ за плату или безплатно. Это, поясняетъ Юліанъ, должно разсматриваться какъ exigere operas, а не какъ mercedem capere и получаемое патрономъ вознагражденіе—какъ pretium operarum (онъ какъ бы продавалъ ихъ самому либерту), а не какъ merces libertatis, другими словами, это было только формою пользованія обѣщанными патрону operae. Такимъ образомъ *operae officiales—это работа въ сферѣ личной или хозяйственной дѣятельности патрона (служебный трудъ), operae fabriles—конкретно опредѣленныя работы, выполняемыя ремесленникомъ въ области самостоятельно отправляемой имъ профессіи въ пользу патрона по заказу его самого или третьихъ лицъ (предпринимательскія услуги).* Съ такимъ

опредѣленіемъ вполнѣ согласуется все, что въ источникахъ говорится о разницѣ между operae officiales и fabriles: только первыя имѣютъ индивидуальный характеръ, исполняются по указанію и ex commodo патрона; только они какъ личная помощь патрону, natura debentur.

Мы могли убѣдиться, что трудъ рабовъ и либертовъ составлялъ въ Римѣ самостоятельный объектъ оборота, самостоятельную цѣнность, обособившуюся въ представленіи римлянъ отъ капитала—раба, что подъ operae подразумѣвалась работа въ теченіе рабочаго дня и притомъ работа, составляющая часть хозяйственной дѣятельности нанимателя. Этимъ «operae» отличались отъ работъ, цѣликомъ ввѣряемыхъ опредѣленному работнику и исполняемыхъ имъ самостоятельно, отъ «opus». Съ тою-же разницею между трудомъ, состоявшимъ въ содѣйствіи чужой хозяйственной дѣятельности, и работами, самостоятельно исполняемыми для другихъ лицъ въ предѣлахъ собственнаго промысла, мы встрѣтились въ ученіи объ operae libertis impositae.

Нѣтъ основанія думать, что operae, какъ предметъ договора между свободными лицами, имѣли другой смыслъ или другое значеніе, чѣмъ operae libertatis causa impositae. Когда обѣщанный трудъ не былъ точно опредѣленъ соглашеніемъ сторонъ, locator operarum имѣлъ право требовать отъ нанявшагося работы по своему усмотрѣнію въ теченіе опредѣленнаго количества рабочихъ дней. Operae и тутъ составляли потенціальную имущественную цѣнность и самостоятельный предметъ сдѣлки, отдѣльный отъ личности нанявшагося. Сообразно съ этимъ римскіе юристы говорятъ о трудѣ свободнаго человѣка также, какъ объ объектѣ, который можетъ быть пущенъ въ оборотъ, отчужденъ или отданъ въ возмездное пользованіе какъ самимъ работникомъ, такъ и другими лицами.

Dig. XXXIII, 2, l. 3. Hominis quoque liberi operae legari possunt, sicut locari, et in stipulationem deduci.

Dig. XLV, 2, l. 5. Nemo est, qui nesciat, alienas operas promitti posse, et fideiussorem adhiberi in ea obligatione.

Все, что мы говорили выше о понятіи operae, слѣдовательно, относится къ дововору личнаго найма, независимо отъ того, составляетъ ли его предметъ трудъ раба или свободнаго работника. Однако римское право съузило область этого договора въ двухъ отношеніяхъ; 1) не всякій трудъ могъ быть обѣщанъ свободнорожденнымъ человѣкомъ за вознагражденіе; 2) не всегда обѣщаніе труда за деньги квалифицировалось какъ loc. cond. operarum. Разсмотримъ каждое изъ этихъ ограниченій отдѣльно.

Античному міру свойственно было воззрѣніе [1]), что трудъ для другихъ по найму и вообще за плату, ставитъ работника въ зависимое положеніе. Способности *свободнаго* человѣка къ творческой дѣятельности, его дарованія, дѣлающія его полезнымъ и цѣннымъ членомъ общества, не могли успѣшно проявляться по чужой указкѣ и отдаваться, какъ предметъ, имѣющій рыночную цѣнность, за соотвѣтственное вознагражденіе; они имѣли другое, болѣе высокое назначеніе. Только рабъ, всѣ способности котораго составляли чужое достояніе и назначеніе котораго исчерпывалось выгодами, извлекаемыми изъ него его господиномъ, долженъ былъ отправлять за плату любую посильную ему дѣятельность въ качествѣ слуги или рабочаго. И у свободнаго человѣка, конечно, есть мускульная энергія и знанія, доступныя всякому безъ особенной подготовки и могущія оцѣни-

---

[1]) Къ слѣдующему см. Loewenfeld, Inaestimabilität und Honorirung der artes liberales nach röm. Recht въ Festgabe für Planck (1887), Neurat, Zur Anschauung der Antike über Handel, Gewerbe und Landwirtschaft въ Jahrb. für Nationalök. u. Stat. за 1906 г, стр. 577, Karlowa, ук. соч., II, стр. 641 и слѣд, Гуляевъ, ук. соч., стр. 71 и слѣд.

ваться и оплачиваться деньгами. Ими онъ можетъ промышлять; ему это не возбранялось закономъ или обычаемъ. Однако не въ такой дѣятельности, находящейся внѣ связи съ духовною личностью человѣка, и не въ извлеченіи доходовъ изъ своихъ способностей состояло, по мнѣнію древнихъ философовъ, назначеніе свободнаго человѣка. Онъ этимъ низводилъ себя на низшую соціальную ступень, добровольно исполнялъ функціи раба или вольноотпущенника и уже не могъ требовать къ себѣ того уваженія, съ которымъ общество относилось къ лицамъ, безкорыстно и добровольно отдававшимъ свои духовныя силы государству и согражданамъ [1]).

Раздѣляло ли все римское общество этотъ взглядъ, или это было только аристократическимъ предразсудкомъ верхнихъ слоевъ его, какъ утверждаетъ Нейратъ, и въ какой мѣрѣ такое воззрѣніе могло устоять при развивавшемся капиталистическомъ хозяйствѣ—сказать трудно. Во всякомъ случаѣ, оно не было чуждо римской жизни и замѣтно отразилось на постановкѣ найма труда въ гражданскомъ правѣ. Спеціальныя знанія (artes), составляющія результатъ продолжительнаго обученія или личныхъ дарованій, римскими юристами противополагались обыкновеннымъ operae. Рабъ, научившійся какому-нибудь artificium, въ

---

[1]) См. напр. Аристотеля Полит. (изд. Susemiehl) I, 10: ὁ γὰρ βάναυσος τεχνίτης ἀφορυσμένην ἔχει δουλείαν καὶ ὁ μὲν δοῦλος τῶν φύσει, σκυτοτόμος δ'οὐδείς, οὐδὲ τῶν ἄλλων τεχνιτῶν или III, 3, 3. τῶν δ'ἀναγκαίων οἱ δὲ κοινῇ βάναυσοι καὶ θῆτες; Cicero De officiis I, c. 42 ...Illiberales autem et sordidi quaestus mercenariorum omnium, quorum operae, non quorum artes emuntur; est enim in illis ipsis auctoramentum servitutis; Seneca De benef. III, 22 servus... perpetuus mercenarius est; Paulus Sent. II, 18, § 1 (см. ниже въ текстѣ). Другія цитаты см. у Нейрата и Левенфельда. (Часто цитируемое изреченіе Макробія Saturn. I, 11, 8: nulla servitus turpior, quam voluntaria, сюда не относится; тамъ говорится о рабской подверженности дурнымъ страстямъ). См. также книгу Премудростей Іисуса, сына Сирахова, гл. 38, 24 и слѣд.: Какъ можетъ сдѣлаться мудрымъ тотъ, кто правитъ плугомъ и хвалится бичемъ, гоняетъ воловъ и занятъ работами ихъ...

силу этого какъ бы мѣнялъ свою природу, переходилъ въ другую категорію вещей (см. стр. 163 прим. 3). Пока вопросъ шелъ о рабѣ, это практически означало только измѣненіе характера выгодъ, извлекаемыхъ его владѣльцемъ; до его обученія это были «простыя услуги» (vacuum ministerium), теперь же можно было пользоваться его ars и peritia [1]). Услуги раба всегда были «несвободны» (illiberales), такъ какъ самая личность его была несвободна: ministerium и artes, какъ предметы договора, ничѣмъ не отличались одно отъ другого, кромѣ ихъ цѣнности. Оба были operae servi, объекты оборота и источникъ дохода, оба оказывались изъ страха и покорности.

Другое дѣло дѣятельность свободнорожденныхъ гражданъ, тѣсно связанная съ духовною личностью работника, съ ея назначеніемъ и свободнымъ самоопредѣленіемъ (artes liberales). Она не укладывалась въ такія правовыя формы, при которыхъ рабочая сила какъ бы на время отчуждалась за деньги и ея проявленіе заранѣе ставилось въ зависимость отъ чужой воли и власти. Artes liberales, повидимому, бытовой терминъ, не имѣвшій спеціально юридическаго характера; его значеніе было понятно всякому. Юристы, по крайней мѣрѣ, не указываютъ намъ общаго критерія для разграниченія artes liberales отъ artes или operae illiberales. Ульпіанъ въ Dig. L, 13, l. 1, ссылаясь на примѣръ грековъ, различаетъ особую категорію studia liberalia, но не поясняя, въ чемъ они состояли, ограничивается приведеніемъ ряда примѣровъ: rhetores, grammatici, geometrae. Относительно возможности причисленія нѣкоторыхъ профессій къ либеральнымъ мнѣнія юристовъ расходятся и, повидимому, гос-

---

[1]) Dig. VII, 1, l. 27, § 2. Si servi usufructus legatus est, cuius testator quasi ministerio vacuo utebatur, si eum disciplinis vel arte instituerit usufructuarius, arte eius vel peritia utetur.

подствовавшія на этотъ счетъ въ обществѣ воззрѣнія также не отличались устойчивостью. Такъ напр., Павелъ въ Dig. X, 1, l. 4, § 1 говоритъ объ «agrimensor *conductus*», а по мнѣнію Ульпіана (Dig. XI, 6, l. 1), ссылающагося на древнія традиціи (crediderunt veteres), противъ землемѣра искъ ex locato недопустимъ, а возможенъ только acto in factum [1]). Варронъ (см. стр. 161 прим. 2) ставитъ медиковъ въ одинъ рядъ съ fullones и другими спеціалистами, услуги которыхъ можно «нанимать», а Ульпіанъ (L, 13, l. 1, § 1) относитъ ихъ профессію къ либеральнымъ.

Подъ давленіемъ потребностей хозяйственной жизни artes liberales постепенно были введены въ гражданскій оборотъ. Уже очень рано безвозмездное обѣщаніе этого рода услугъ стало разсматриваться, какъ юридическое обязательство. Хотя они оказывались ex officio et amicitia и вообще по нравственнымъ мотивамъ, но это не препятствовало облеченію такого обѣщанія въ юридическую форму mandatum. Однако правовыя нормы безсильны предписывать людямъ мотивы ихъ поступковъ. Лица, оказывавшія подобныя услуги, фактически жертвовали своимъ трудомъ и временемъ. То, что первоначально добровольно уплачивалось имъ въ возмѣщеніе за эти жертвы или remunerandi gratia, или на содержаніе во время работы, хотя и не должно было быть эквивалентомъ услугъ и не носило названія merces, постепенно дѣлалось для нихъ цѣлью сдѣлки и экономически стало играть роль обыкновеннаго вознагражденія. Въ оборотѣ на обѣщаніе такого honorarium, salarium и т. д. смотрѣли, какъ на юридически релевантное обязательство. Тѣмъ не менѣе сдѣлка

---

[1]) См. Loewenfeld, ук. соч., стр. 441 и слѣд., Rudorff въ Ztsch. f. gesch. Rechtw. X, стр. 412 и слѣд., Hefke въ Archiv f. prakt. Rechtw. XIV (N. F.), стр. 156 и слѣд.

не признавалась наймомъ (locatio cond. operarum). Уплаты «гонорара» можно было искать только въ экстраординарномъ порядкѣ, а о возможности иска объ убыткахъ за неисполненныя услуги въ источникахъ ни разу не упоминается. Что же еще мѣшало подведенію такихъ сдѣлокъ подъ locatio conductio, разъ требованіе объ уплатѣ гонорара пользовалось судебною защитою?

Господствующее мнѣніе объясняетъ это тѣмъ, что подъ artes liberales или operae locari non solitae подразумѣвалась такая дѣятельность свободнаго человѣка, свойство и назначеніе которой исключали возможность денежной оцѣнки [1]). Едва ли однако съ этимъ объясненіемъ можно согласиться. Прежде всего дѣленіе на *operae* locari solitae и non solitae римскимъ юристамъ совершенно неизвѣстно. Всякія operae могли быть предметомъ найма; artes liberales свободнаго человѣка вовсе не принадлежали къ operae, а наоборотъ имъ противопоставлялись [2]). Въ изреченіи Павла [3]), на которое обыкновенно ссылаются, различаются «factum, quod locari solet», и «factum, quod locari non potest». Какъ примѣръ перваго, приводится tabulam pingere, какъ примѣръ второго—manumissio servi. Ни то, ни другое не можетъ быть названо operae въ техническомъ смыслѣ, ибо нарисованіе картины есть opus, а отпущеніе раба вообще не работа; это—дѣйствіе котораго нельзя отдавать въ наемъ (locare), потому что никто, кромѣ самого раба, изъ него выгодъ извлекать не

---

[1]) См. напр., Гуляевъ, ук. соч., стр. 74.

[2]) Cic. de off. I, 42. Ср. также Karlowa, ук. соч., стр. 642 и слѣд.

[3]) Dig. XIX, 5, l. 5, § 2. At cum do, ut facias, si tale sit factum, quod locari solet, ut tabulam pingas, pecunia data locatio erit, sicut superiore casu emptio; si res non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc, quod mea interest, vel ad repetendum condictio. Quodsi tale est factum, quod locari non possit, puta ut servum manumittas, ...condici ei potest vel praescriptis verbis agi.

можетъ. Другихъ доказательствъ существованія юридической категоріи operae, quae locari non possunt, и ихъ отожествленія съ artes liberales мы нигдѣ не видимъ.

Невѣрно также то, что artes liberales потому не могли быть предметомъ найма, что не поддавались денежной оцѣнкѣ. Правда, Ульпіанъ говоритъ, что знаніе гражданскаго права какъ «res sanctissima не должно оцѣниваться на деньги, не должно подвергаться опозоренію» и потому даже обѣщаннаго за обученіе этой науки honorarium нельзя взыскивать по суду [1]). Преподаваніе философіи также называется имъ res religiosa. Требованіе вознагражденія со стороны философа идетъ въ разрѣзъ съ тѣмъ міровоззрѣніемъ, которое онъ долженъ преподавать своимъ ученикамъ [2]). Эти два предмета, такимъ образомъ, приравниваются Ульпіаномъ къ «религіознымъ», т. е. къ вещамъ, связаннымъ особымъ назначеніемъ и потому находившимся внѣ оборота. Въ этомъ, а не въ объективной невозможности оцѣнивать преподаваніе этихъ наукъ на деньги Ульпіанъ видитъ причину ихъ непригодности быть предметомъ возмездной сдѣлки. Всѣ остальныя artes liberales отнюдь не опозорившись обѣщаніемъ возмездія или благодарности въ формѣ денежной платы. Хотя плата, быть можетъ, и не считалась въ этихъ случаяхъ эквивалентомъ услугъ, но все же она фактически несомнѣнно соизмѣрялась съ ихъ обычною или индивидуальною оцѣнкою. По крайней мѣрѣ, относительно адвокатскихъ гонораровъ императоры неоднократно

---

[1]) Dig. L, 13, l. 1, § 5. Proinde ne juris quidem civilis professoribus jus dicent; est quidem res sanctissima civilis sapientia, sed quae pretio nummario non sit aestimanda nec dehonestanda, dum in iudicio honor petitur, qui in egressu sacramenti efferri debuit; quaedam enim tametsi honeste accipiantur, inhoneste tamen petuntur.

[2]) Ibid., § 4: An et philosophi professorum numero sint? Et non putem, non quia non religiosa res est, sed quia hoc primum profiteri eos oportet, mercenariam operam spernere.

предписывали при опредѣленіи ихъ размѣра считаться съ суммою тяжбы, съ понесеннымъ трудомъ и судебными обычаями и не выходить за предѣлы установленнаго максимума [1]). Какъ извѣстно, либеральными профессіями въ Римѣ занимались не только свободнорожденные, но также либерты и рабы. Они могли быть предметомъ operae libertatis causa impositae [2]) и operae servi и въ этихъ случаяхъ, конечно, оцѣнивались на деньги [3]). Нельзя поэтому утверждать, что artes liberales по своимъ объективнымъ свойствамъ исключали возможность денежной оцѣнки.

Высказывается также мнѣніе, что общественное положеніе свободнорожденныхъ лицъ, отправлявшихъ въ Римѣ свободныя профессіи, было несовмѣстимо съ наймомъ услугъ за деньги такъ же, какъ въ настоящее время услуги avocats во Франціи и barristers въ Англіи. Но постановленія римскихъ источниковъ объ адвокатскихъ гонорарахъ скорѣе производятъ впечатлѣніе ограниженія публики отъ обиранія, чѣмъ защиты достоинства адвокатской профессіи. Среди приведенныхъ въ источникахъ примѣровъ лицъ, услуги которыхъ не могли быть предметомъ найма, упоминаются nutrices, notarii, tabularii, proxenetae и др. Едва ли есть основаніе думать, что охраненіе престижа этихъ и подобныхъ профессій входило въ задачи права и требовалось общественнымъ мнѣніемъ.

---

[1]) Ibid., § 10 и 12.

[2]) Такъ, напр., въ Dig. XXXVIII, 1, l. 27 говорится о либертѣ qui medicinam exercet.

[3]) Нѣтъ также основанія думать, что opus, относящееся къ области artes liberales, т. е. самостоятельное выполненіе той или другой «либеральной» работы въ цѣломъ не могло быть предметомъ возмезднаго договора. Въ Dig. IX, 2, l. 7, § 8, напр. говорится объ искѣ ex locato къ врачу, принявшему на себя лѣченіе раба. Другое объясненіе даетъ Левенфельдъ, ук. соч., стр. 420.

Причина, почему artes liberales свободнорожденныхъ лицъ не могли быть предметомъ loc. cond. operarum, кроется *въ непримиримомъ противорѣчіи между характеромъ отношеній, устанавливаемыхъ этимъ договоромъ, и природою дѣятельности, квалифицируемой какъ ars liberalis*. Основанія такой квалификаціи намъ не всегда указываются. Врачи радѣютъ о salus hominis, на преподавателяхъ studiorum liberalium лежитъ забота объ образованіи (l. 1, § 1), кормилица получаетъ вознагражденіе ob alimoniam infantium, землемѣръ предоставляетъ свой трудъ magis beneficii loco. Безъ объясненія причины Ульпіаномъ отнесены сюда преподаватели игръ, librarii, notarii, calculatores и адвокаты (но только тѣ изъ нихъ, qui causis agendis quoquo studio operantur). Перечень Ульпіана нельзя признать исчерпывающимъ [1]). Онъ, повидимому, излагаетъ только сложившіяся въ обществѣ и судебной практикѣ воззрѣнія по данному вопросу и высказываетъ свои предположенія объ основаніяхъ нѣкоторыхъ изъ нихъ. Онъ, напримѣръ, не упоминаетъ въ фрагментѣ, вошедшемъ въ главу, посвященную extraordinariis cognitionibus—о землемѣрахъ и маклерахъ, услуги которыхъ онъ самъ причисляетъ въ другихъ мѣстахъ къ тѣмъ, quae locari non possunt.

Мы видѣли, что operae, какъ предметъ locatio conductio, мыслились какъ цѣнность, состоявшая въ свойственной работнику способности къ труду, которою наниматель могъ располагать въ своей хозяйственной дѣятельности. Однако, не всякая работа свободнаго человѣка могла быть низведена на степень простого орудія. Дѣятельность рабовъ и либертовъ, руководимая чувствомъ покорности, страха, обязательной благодарности, еще можно было подвести подъ понятіе объ operae, не обращая вниманія на характеръ

---

[1]) См. Endemann, ук. соч., стр. 651.

услугъ. Но, когда *свободному* человѣку ввѣрялись жизнь и здоровье, обученіе наукамъ, веденіе дѣлъ на судѣ и тому под., когда отъ него требовалась дѣятельность, тѣсно связанная съ его духовною личностью, съ его внутреннимъ міромъ, нельзя было исходить изъ представленія, что этимъ создается возможность въ теченіе извѣстнаго времени располагать чужимъ трудомъ, чужою рабочею силою для своихъ цѣлей.

На такія услуги и нельзя было смотрѣть, какъ на объективированную и отдѣленную отъ личности работника потенціальную цѣнность, составляющую только эквивалентъ обѣщаннаго за нее вознагражденія. Работникъ тутъ жертвовалъ, надѣлялъ другихъ благами изъ своего духовнаго міра, дѣлалъ добро (beneficium) [1]). И онъ дѣлалъ это, какъ можно было предположить, изъ чувства благоволенія и дружбы, а не покоряясь по обязанности требованію нанимателя, не какъ faciendi necessitas въ разсчетѣ на обѣщанное вознагражденіе или изъ опасенія имущественной отвѣтственности. Locatio operarum и artes liberales были по римскимъ воззрѣніямъ два логически несовмѣстимыхъ понятія.

Болѣе существенно второе ограниченіе области примѣненія locatio conductio operarum. Оно касалось не только найма труда свободнорожденныхъ лицъ, но также рабовъ и либертовъ. Выше мы указывали, что въ римскомъ быту сложились двѣ по своей экономической природѣ противоположныя системы пользованія чужимъ трудомъ. Одна была направлена на увеличеніе числа рабочихъ рукъ [2]), коими наниматель располагалъ для своей хозяйственной

---

[1]) Ср. Seneca, De beneficiis VI, 15, 16 и 17.

[2]) Терминъ operae нерѣдко употреблялся въ смыслѣ «рабочія руки». Ср. напр., Dig. XLV, 1, l. 137, § 3: plurimis operis adhibitis или XIII, 7, l. 43, § 1, Columella III, 21, 10: cogitque plures operas quantocunque pretio conducere. Ср. Pernice въ Ztschr. f. Rg. 22 (IX), стр. 243.

дѣятельности, вторая на сокращеніе собственной хозяйственной дѣятельности посредствомъ переложенія опредѣленной работы (opus) по договору на другое лицо. Правовою формою для первой служила loc. cond. operarum, для второй loc. cond. operis. Въ первомъ случаѣ рабочая сила нанявшагося за условленную плату перемѣщалась въ чужую хозяйственную сферу, гдѣ она и проявлялась въ дѣятельности, нужной нанимателю. Во второмъ—обѣщанная работа изымалась изъ круга дѣятельности того, кому она нужна, и ввѣрялась другому лицу для выполненія ея цѣликомъ вплоть до заранѣе опредѣленнаго предѣла или результата и при томъ обыкновенно своими хозяйственными средствами и на свой рискъ. Не взирая на вытекавшую отсюда разницу въ структурѣ отношеній и въ содержаніи сдѣлки, римское право объединяло эти договоры вмѣстѣ съ наймомъ вещей подъ однимъ названіемъ, одними исками и однородною формулою [1]). Значитъ-ли это, что положенія, высказанныя въ источникахъ по поводу locatio conductio operis, относятся также къ locatio conductio operarum, что слѣдовательно въ римскомъ быту отдача работникомъ своего труда и включеніе имъ въ кругъ *своей* хозяйственной дѣятельности опредѣленной работы для другого порождали одинаковыя правоотношенія?

Общность названія иска и формулы не исключали возможности коренныхъ различій въ матеріально-правовыхъ послѣдствіяхъ договора. Въ раннія эпохи правовой жизни юридическіе институты не группируются по внутреннимъ признакамъ—по цѣли или содержанію,—а по видимымъ способамъ ихъ проявленія во внѣшнемъ мірѣ. Въ Римѣ образованіе новаго договорнаго типа выражалось въ томъ, что при наличности извѣстныхъ фактическихъ и юридическихъ предположеній, заинтересованнымъ

[1]) Lenel, Edictum perpetuum, стр. 240.

лицамъ стали давать опредѣленнаго типа и названія actio. Подъ actio римляне подразумѣвали возможность—матеріально-правовую и процессуальную—осуществленія при помощи суда всѣхъ притязаній, могущихъ возникнуть изъ опредѣленнаго основанія (causa) [1]). Какъ мы убѣдились на примѣрѣ смѣшанныхъ договоровъ (стр. 128), римляне не связывали actio съ строго очерченнымъ кругомъ правъ и обязанностей. Не только типичныя для даннаго правоотношенія притязанія, но все вообще, что конкретно могло вытекать безъ нарушенія закона и требованій логики изъ того основанія, при наличности котораго давалась данная actio, все это осуществлялось и защищалось при ея помощи.

Однимъ изъ такихъ основаній было соглашеніе объ обѣщаніи другъ другу извѣстныхъ выгодъ въ связи съ перемѣщеніемъ чего либо для опредѣленной цѣли изъ одной хозяйственной сферы въ другую (ср. выше стр. 155). Предметъ, цѣль и послѣдствія такого соглашенія не были строго опредѣлены; въ этомъ отношеніи сторонамъ былъ предоставленъ нѣкоторый просторъ. Предметомъ договора locatio conductio могли быть res, operae и opus, ея цѣлью utendum dare или faciendum dare и сообразно съ этимъ права и обязанности, лежавшія на locator'ѣ и conductor'ѣ, могли существенно мѣняться. Только названіе договора и

[1]) Dig. XLIV, 7, l. 51 (Celsus) Nihil aliud est actio, quam jus, quod sibi debeatur, judicio persequendi. Не смотря на то, что такими мыслителями и знатоками римскаго права, какъ Виндшейдъ, Беккеръ, Влассакъ и др., положено много труда на выясненіе римскаго понятія объ actio и его особенностей по сравненію съ соотвѣтствующими институтами современнаго права, юристу въ настоящее время очень трудно вдуматься въ римское представленіе и дать себѣ ясный отчетъ объ этихъ особенностяхъ. Ср. по этому вопросу Windscheid, Die actio des Civilrechts (1856) и его Pand. I, § 44, Беккеръ, Die Aktiones и въ Ztsch. f. Rechtsgesch. т. 28 (1894), стр. 145 сл., Affolter, Die celsinische Actio въ Ztschr. f. d. deut. Zivilproz. т. 31, стр. 453 сл.

структура исковой формулы оставались безъ измѣненія. Разъ имѣлись на лицо тѣ условія, при которыхъ, по убѣжденію магистрата, могли имѣть мѣсто actio locati или conducti, этими исками защищались всѣ притязанія сторонъ, въ чемъ бы они не заключались, и договоръ признавался за locatio conductio.

Изъ сказаннаго явствуетъ, что въ римскомъ правѣ къ отдѣльнымъ договорамъ могли примѣняться неодинаковыя правовыя начала, не взирая на общность ихъ названія и иска. Послѣдняя не служила препятствіемъ къ образованію въ нѣдрахъ такого, индивидуализируемаго названіемъ и искомъ, договорнаго типа нѣсколькихъ видовъ, характеризуемыхъ особенностями цѣли или предмета сдѣлки или специфическими правовыми послѣдствіями. Такими подраздѣленіями общаго типа являются locatio conductio operarum и operis, отличающіеся одинъ отъ другого по предмету, цѣли и послѣдствіямъ. Для ихъ формальнаго обособленія въ Римѣ не было столь вѣскихъ основаній, какъ въ современной жизни. Разница между положеніемъ нанятаго работника и мелкаго подрядчика тамъ была менѣе замѣтна и значительна. Особенно, когда первому предоставлялась нѣкоторая самостоятельность или поручались опредѣленныя работы за сдѣльное вознагражденіе, или когда второй долженъ былъ подчиняться указаніямъ работодателя, разница между ними съ внѣшней стороны становилась едва уловимою. Было бы однако ошибочнымъ отсюда заключить, что все, что въ источникахъ говорится о loc. cond. operis, относится также къ loc. cond. operarum, и что разница между ними для римскаго права не имѣла значенія. Римскіе юристы проводили настолько опредѣленную грань между отдачею работникомъ своего труда (locatio operarum) и обѣщаніемъ исполнить заданную работу (conductio operis), что положенія, высказанныя ими по поводу послѣдняго, отнюдь

не могутъ быть отнесены къ найму труда, если противное не вытекаетъ изъ ихъ смысла и цѣли.

Мы сейчасъ не будемъ входить въ разборъ и оцѣнку критеріевъ, выдвинутыхъ въ пандектной литературѣ для разграниченія этихъ двухъ договоровъ. Римскіе юристы не дали намъ теоретической формулы для опредѣленія различія между locare opus и operas conducere. Можно думать, что значеніе этихъ весьма употребительныхъ бытовыхъ терминовъ [1]) никакихъ сомнѣній въ судебной практикѣ не возбуждало. Изъ отдѣльныхъ же положеній съ нѣкоторою вѣроятностью можетъ быть выведено заключеніе, что область этихъ договоровъ совпала съ указанными выше двумя различными системами пользованія чужимъ трудомъ.

Ульпіанъ въ Dig. VII, 8, l. 12, § 6 разбираетъ вопросъ, въ какихъ предѣлахъ узуарій можетъ пользоваться отказаннымъ ему по завѣщанію трудомъ рабовъ. По мнѣнію Лабеона и Октавена, къ которому Ульпіанъ присоединяется, узуарій не имѣетъ права отдавать отказанныя ему operae въ наймы, такъ какъ его пользованіе не можетъ выходить за предѣлы его собственныхъ хозяйственныхъ нуждъ [2]). Онъ долженъ ipse uti. Но пользоваться такимъ рабомъ для обработки нанятаго участка или *для выполненія взятаго имъ подряда* ему не возбраняется, потому что opus perficiendum относится къ его хозяйственной дѣятельности и, слѣдовательно, лежитъ въ предѣлахъ «ipse uti»: sibi enim facere videtur, qui opus, quod conduxit, expediit.

Къ тому же выводу приводитъ Dig. XIX, 2, l. 51, § 1: Conductor operis отвѣчаетъ за недостатки работы не-

---

[1]) См. напр. Cato, De r. r II, 7... ad rationem operum operarumque villicium revoca.

[2]) Dig. VII, 8, l. 2: Cui usus relictus est, uti potest, frui non potest.

зависимо отъ того, обѣщано ли ему вознагражденіе поденное, сдѣльное или огуломъ, *если только на немъ лежитъ universitas consummationis*, т. е. работа во всей ея совокупности, какъ цѣлое. Отвѣтственность за недостатки съ него снимается лишь въ томъ случаѣ, если вознагражденіе назначено за отдѣльныя operae и въ то же время работа должна производиться по указанію заказчика (arbitrio domini). Но и тогда, по мнѣнію Яволена, договоръ не утрачиваетъ характера loc. cond. operis. На это указываютъ употребленныя имъ выраженія opus efficere, bonitas operis, conductor, dominus [1]). То, что работы должны быть произведены arbitro domini, лишь модифицируетъ послѣдствія договора въ пунктѣ отвѣтственности подрядчика за недостатки [2]), но не мѣняетъ природы договора. Тотъ характерный для подряда фактъ, что на работникѣ лежитъ universitas consummationis, что имъ принято на себя исполненіе чужого opus цѣликомъ въ своей хозяйственной сферѣ, остается въ силѣ и имѣетъ рѣшающее значеніе.

Такимъ же модифицирующимъ только моментомъ въ составѣ договора является способъ вознагражденія, ибо характеръ договора и имъ отнюдь не опредѣляется [3]).

[1]) Dankwart въ Jahrb. f. Dogm. XIII, стр. 304, N. 2 игнорируетъ это обстоятельство, утверждая, что «разъ dominus оставилъ за собою руководство работами и потому (?) вознагражденіе назначено поденное, работникъ становится простымъ operarius и, слѣдовательно, не отвѣчаетъ за opus vitiosum».

[2]) Подрядчикъ не отвѣчалъ также за отступленія отъ заказа, сдѣланныя по желанію заказчика, Dig. XIX, 2, l. 60, § 3: ...redemptor ex voluntate locatoris quaedam in opere permutaverat; respondi opus quidem ex lege dicta non videri factum, sed quoniam ex voluntate locatoris permutatum esset, redemptorem absolvi debere.

[3]) Новѣйшую попытку Лотмара (Der Arbeitsvertreg nach d. Privatr. d. deut. Reiches II (1908) отд. X гл. 5) доказать противное, на нашъ взглядъ, нельзя признать удачною. Онъ утверждаетъ, что при loc. cond. operarum въ римскомъ правѣ вознагражденіе всегда исчислялось по времени (стр. 928),

Правда, природѣ operae, какъ работѣ въ теченіе опредѣленнаго періода времени (рабочаго дня), больше соотвѣтствовало вознагражденіе по времени, а природѣ opus, какъ выполняемой работникомъ конкретной задачѣ, аккордное вознагражденіе. Однако и при личномъ наймѣ все же можно было обѣщать сдѣльное вознагражденіе, а за исполненіе opus поденную и поштучную [1]) плату. Обѣщаніе opus, какъ единаго и цѣлаго предмета обязательства [2]), было вполнѣ совмѣстимо со всякими способами вознагражденія. Поэтому критеріемъ для разграниченія обоихъ договоровъ способъ вознагражденія служить не могъ. Таковымъ могло служить только то обстоятельство, что universitas consummationis ad conductorem pertinet.

Opus, какъ предметъ договора, въ отличіе отъ operae означало конкретно опредѣленную работу, исполняемую работникомъ для заказчика, отдѣльно отъ дѣятельности

а для loc. cond. operis «естественною» формою вознагражденія было аккордное (стр. 935). Отступленіе отъ этого правила въ Dig. XIX, 2, l. 51, § 2, онъ объясняетъ тѣмъ, что «суверенная воля сторонъ можетъ измѣнить природу договора». Въ результатѣ по его мнѣнію получается «unicum», носящее названіе loc. cond. operis, но лишенное «волею сторонъ» послѣдствій, связанныхъ съ этимъ договоромъ, а именно отвѣтственности за opus vitiosum. Что касается loc. cond. operarum, съ мнѣніемъ Лотмара можно согласиться только въ томъ случаѣ, если выраженіе certae operae вмѣстѣ съ нимъ понимать въ смыслѣ singulae operae (см. стр. 175 прим. 3). Со вторымъ его положеніемъ совершенно невозможно согласиться. Loc. cond. operis, въ которомъ отсутствуетъ одинъ изъ логически необходимыхъ элементовъ его состава, было бы не только юридическимъ, но также логическимъ «unicum». Одно изъ двухъ: либо аккордное вознагражденіе составляетъ essentiale этого договора и тогда никакая «суверенная воля сторонъ» не можетъ создать loc. cond. operis съ вознагражденіемъ по времени и Яволенъ ошибочно говоритъ объ «opus», неправильно называетъ работника «conductor'омъ» и т. д., либо способъ вознагражденія для понятія и природы loc. cond. operis рѣшающаго значенія не имѣетъ.

[1]) Dig. XIX, 2, l. 36: ...Quod verum ita conductum sit (opus), ut in pedes mensurasque praestitur.

[2]) Opus принадлежитъ къ тѣмъ предметамъ, quod totum peti necesse est nec divisi praestari potest... quia operis affectus in partes scindi non potest. Ср. Dig. XLV, 1, l. 85 pr. § 2.

послѣдняго. Отъ исполняющаго не требовалось непремѣнно личной работы или личнаго руководства [1]), но онъ отвѣчалъ за своихъ помощниковъ, какъ за собственныя свои дѣйствія, если имъ не были приняты надлежащія мѣры предосторожности [2]). Когда же онъ въ свою очередь работу препоручалъ другому въ цѣломъ, въ видѣ opus, онъ по отношенію къ нему становился заказчикомъ [3]), такъ какъ работа тогда уходила изъ сферы его собственной дѣятельности. Выборъ средствъ и способовъ исполненія вообще былъ дѣломъ подрядчика, и лишь въ томъ случаѣ, когда по содержанію и характеру договора, значеніе придавалось именно личному исполненію или личному руководству, оно для него было обязательнымъ [4]).

Результаты работы, исполненной подрядчикомъ, принадлежали заказчику, такъ же какъ результаты труда наемныхъ рабочихъ нанимателю. Но нельзя сказать, какъ утверждаетъ господствующее мнѣніе, что при loc. cond. operis всегда обѣщался результатъ работы, а при loc. cond. operarum всегда самая дѣятельность. При подрядѣ также обѣщался трудъ, только трудъ заранѣе конкретизированный намѣченнымъ результатомъ. Это, какъ мы видѣли, не исключало возможности для подрядчика работать по указаніямъ заказчика (arbitrio domini), также какъ наемный работникъ иногда исполнялъ certae operae за сдѣльное вознагражденіе. Первый также, какъ и

---

[1]) Riezler, Der Werkvertrag nach. d. BGB. (1900), стр. 18, Windscheid, Pand. II, § 401, N. 3a.

[2]) Dig. XIX, 2, l. 25, § 7.

[3]) Ibid., l. 48.

[4]) Dig. XLVI, 3, l. 31. (Ulpianus). Inter artifices longa differentia est et ingenii, et naturae, et doctrinae, et institutionis. Ideo si navem a se fabricandam quis promiserit, vel insulam aedificandam, fossamve faciendam, et hoc specialiter actum est, ut suis operis id perficiat, fideiussor aedificans vel fossam fodiens, non consentiente stipulatore, non liberabit reum.

второй, обѣщалъ работу; въ этомъ отношеніи между ними не было никакой разницы.

Римскіе юристы это особенно подчеркивали. Они въ фактѣ обѣщанія работы со стороны подрядчика усматривали критерій для разграниченія locatio conductio и emptio venditio въ тѣхъ случаяхъ, когда предметъ договора составляло изготовленіе вещи, напр. annulos facere, insulam aedificare и т. под.

Въ источникахъ не разъ указывается, что отличительными признаками locatio conductio служитъ то, что aliquid faciendum datur и что вознагражденіе обѣщано pro opera, (см. напримѣръ Inst. III, 24, Dig. XIX, 2, l. 2, § 1 и l. 22, § 1). Въ послѣднемъ изъ приведенныхъ мѣстъ у юриста Павла своеобразно переплетаются представленія о conductor operis, взявшемся выстроить домъ и передать его закачику, и объ artifex, qui operam suam locat. Если не предположить интерполяціи, то слова: locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem могутъ имѣть только тотъ смыслъ, что характернымъ признакомъ locatio operis является обѣщаніе работать. Но эти слова юриста Павла отнюдь не слѣдуетъ понимать какъ юридическую конструкцію, при которой conductor operis въ тоже время можетъ разсматриваться какъ locator своихъ operae [1]).

Выдѣливъ artes liberales и opus, мы можемъ теперь точнѣе опредѣлить область найма труда свободныхъ

---

[1]) Opera въ единственномъ числѣ и «operae», это два совершенно различныхъ понятія. Первое значительно шире, ибо обнимаетъ всякую вообще дѣятельность (Dig. XXIX, 2, l. 45 opera servilis, II, 13, l. 12: opera virilis и т. д.) или старанія, направленныя на какую-нибудь цѣль, наприм. Dig. XIII, 7, l. 43 pr... si operam non dedisset, ut instrumenti facultate subducta debitor caperetur, Plaut. Pers. II, 2, 46 male operam locas. Тѣмъ же терминомъ обозначалась польза, приносимая животными и даже неодушевленными предметами, напр. Dig. XVIII, 6, l. 1, § 4 opera dolium. Ср. Pernice, въ Ztschr. f. Rg. 22, стр. 246, № 4.

лицъ. Сюда входятъ только operae, состоящія въ содѣйствіи нанимателю при отправленіи имъ собственной дѣятельности. Съ этимъ ограниченіемъ operae hominis liberi, какъ предметъ договора, совершенно тождественны съ operae servi и libertatis causa impositae: тутъ и тамъ происходитъ предоставленіе рабочей силы въ теченіе рабочаго дня въ распоряженіе нанимателя.

Нормальнымъ типомъ locatio conductio operarum въ Римѣ былъ наемъ слугъ и рабочихъ [1]). Однако римскіе юристы не были склонны слишкомъ узко понимать «собственную» хозяйственную дѣятельность нанимателя. Вопреки мнѣнію Бринца [2]) они не придерживались ригорозно того взгляда, что въ понятіе operae входятъ «только работы, исполняемыя подъ властью (Herrschaft) или руководствомъ (Anordnung) работодателя, при которыхъ исполняющій, слѣдовательно, находился въ служебномъ отношеніи къ нанимателю, а не любая дѣятельность (nicht beliebiges Thun)».

Dig. XVI, 3, l. 1, § 9. Si quis servum custodiendum coniecerit forte in pistrinum, si quidem merces intervenit custodiae, puto esse actionem adversus pistrinarium ex conducto, si vero mercedem accipiebam ego pro hoc servo, quem in pistrinum accipiebat, ex locato me agere posse.

Dig. XIX, 3, l. 1. ...Fuit enim magis dubitatum, quum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videatur, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati.

---

[1]) Pernice, тамъ же, стр. 243, Unterholzner, Lehre des röm. Rechts v. d. Schuldverhältnissen II, § 504, Puntschart, Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des röm. Privatrechts (1885), стр. 387: «solche Arbeiten... bei denen der Leistende sich in einem dienenden Verhältnis zum Empfänger befindet».

[2]) Brinz, Pand. (2 Aufl.) II, 2, § 332.

Оба фрагмента взяты изъ комментарія Ульпіана ad edictum и, повидимому, содержатъ школьные примѣры. Въ первомъ разбирается случай помѣщенія раба на мельницѣ лицомъ, которому онъ отданъ на храненіе за плату. Если мельнику не было предоставлено право пользоваться трудомъ раба, онъ отвѣчаетъ за цѣлость ввѣреннаго ему раба ex conducto, какъ *нанятое лицо*, если же такое право ему предоставлено за соотвѣтствующее вознагражденіе, онъ отвѣчаетъ какъ наниматель, ex locato.

Во второмъ мѣстѣ Ульпіанъ говоритъ о затрудненіяхъ, испытываемыхъ юристами при опредѣленіи характера сдѣлки «cum res aestimata vendendum datur». Пока не былъ созданъ особый искъ для этого случая (actio aestimatoria), сдѣлку, говоритъ онъ, можно было разсматривать или какъ куплю-продажу или какъ подрядъ или *какъ личный наемъ*; послѣднее, если исходить изъ того, что тутъ «какъ бы нанимается чужой трудъ».

Въ обоихъ приведенныхъ примѣрахъ допускается конструкція loc. cond. operarum, несмотря на явное отсутствіе служебнаго отношенія какъ у мельника, взявшагося хранить чужого раба, такъ и у лица, взявшагося продавать чужую вещь. Ни тотъ, ни другой не обѣщали operae въ техническомъ смыслѣ. Хотя разсужденія юристовъ въ данномъ случаѣ имѣютъ, повидимому, теоретическій характеръ, но все же они доказываютъ, что служебное отношеніе, обыкновенно устанавливаемое loc. cond. operarum, не было безусловно необходимымъ его элементомъ. Конструкцію личнаго найма in casu, на нашъ взглядъ, можно объяснить только тѣмъ, что юристы и тутъ исходили изъ предположенія объ осуществленіи нанимателемъ *собственной* дѣятельности черезъ посредство другихъ лицъ, дѣятельности, состоявшей въ первомъ случаѣ въ храненіи раба, во второмъ—въ продажѣ вещи. Отправленіе дѣятельности черезъ наемныхъ лицъ, составлявшее область

loc. cond. operarum, не исключало возможности экономической самостоятельности нанятаго лица и не предполагало непремѣнно совершенія работы «подъ властью и руководствомъ нанимателя», *лишь бы обѣщанныя operae можно было разсматривать, какъ дѣятельность нанимателя.* Такимъ образомъ понятіе объ operae, сложившееся въ сферѣ рабскаго труда, при примѣненіи его къ свободнымъ лицамъ, съ одной стороны потерпѣло нѣкоторое ограниченіе (artes liberales), съ другой—было распространено, при указанномъ выше условіи, на содѣйствіе, не выражавшееся въ предоставленіи своего рабочаго дня, а въ исполненіи опредѣленныхъ услугъ, имѣвшихъ характеръ содѣйствія нанимателю и замѣны въ его собственной дѣятельности.

Свое представленіе объ operae, какъ предметѣ договора, римское право перенесло изъ сферы рабскаго труда въ область найма свободнаго труда. Но отсюда конечно еще не слѣдуетъ, что ко всѣмъ отношеніямъ, вытекавшимъ изъ этого договора, примѣнялись положенія о рабскомъ трудѣ. При наймѣ рабовъ эти отношенія, какъ мы видѣли, построены были на мысли о разграниченіи имущественной сферы лица, пріобрѣвшаго право на operae servi, и того, кому принадлежалъ самый рабъ. Наниматель, выходя изъ предѣловъ предоставленныхъ ему правъ, нарушалъ чужіе имущественные интересы, посягалъ на непринадлежавшее ему имущество. Патроны при пользованіи operae libertorum также были поставлены въ извѣстныя рамки, установленныя нормами публичнаго права въ защиту вольноотпущенниковъ отъ фактическаго сведенія къ нулю дарованной имъ свободы.

Все это было совершенно непримѣнимо къ найму свободныхъ лицъ. Тутъ за предѣлами отчужденныхъ operae не находилось «чужое имущество», каковымъ являлся рабъ, и не возникалъ вопросъ объ огражденіи

свободнаго состоянія работника. Послѣднему договоръ личнаго найма теоретически угрожать не могъ, какъ бы тяжелы не были его условія, ибо принципъ неотчуждаемости и неоцѣнимости свободы [1]) устранялъ возможность самопродажи и лишалъ всякія сдѣлки, формально подрывающія свободное состояніе, юридической силы [2]).

Однако нормъ, регулирующихъ отношенія между нанимателемъ и свободнымъ работникомъ или опредѣляющихъ предѣлы власти перваго надъ вторымъ, мы въ источникахъ также не находимъ, за исключеніемъ двухъ положеній [3]), предусматривающихъ наемъ труда, независимо отъ состоянія работника.

Dig. XIX, 2, l. 26. (Ulpianus). In operis duobus simul locatis convenit priori conductori ante satisfieri.

Ibid., l. 38. (Paulus). Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quominus operas praestet.

Ульпіанъ разрѣшаетъ вопросъ о коллизіи правъ двухъ нанимателей въ томъ смыслѣ, что преимущество должно быть отдано старшему по времени нанимателю. Принудить свободнаго работника или чужого раба поступить къ нему ни первый, ни второй наниматель не имѣли возможности; они только могли требовать стоимости не-

---

[1]) Dig. L, 17, l. 106. Libertas inaestimabilis res est, IX, 1, l. 3... cum liberum corpus existimationem non recipiat.

[2]) Dig. XXXV, 1, l. 71, § 2... potest dici, non esse locum cautioni, per quam jus libertatis infringitur... Ср. Ihering, Geist d. r. R. II, 1, стр. 222 и слѣд.

[3]) Сюда, конечно, могутъ быть еще отнесены общія положенія, какъ Cod. IV, 64, c. 22 и Dig. XIX, 2, l. 1, подтверждающія, что для обязательности договора достаточно простого соглашенія, или тамъ-же l. 22, § 1 и l. 25, указывающія, что предметомъ соглашенія должно быть обѣщаніе работы и вознагражденія и т. п. Но ими не опредѣляются правовыя послѣдствія договора, права и обязанности сторонъ.

полученныхъ ими operae (praeteritae) [1]). Но, когда позднѣйшему нанимателю было извѣстно, что работникъ уже нанятъ другимъ, онъ и этого требовать не могъ; работникъ обязанъ былъ предоставить свои operae старшему нанимателю. Мысль о томъ, что ихъ можно одновременно оказывать двумъ лицамъ, юристу въ голову не приходитъ. Operae свободнаго человѣка, такъ же какъ раба, въ его глазахъ представляли единую нераздѣльную величину, а именно весь трудъ, который можетъ быть добытъ отъ даннаго лица, хотя, какъ мы видѣли, отсюда допускались отступленія.

Во второмъ фрагментѣ содержится положеніе, что нанявшійся не лишается права на вознагражденіе, если съ его стороны была фактическая готовность работать, но наниматель почему либо работы не требовалъ или не оказывалъ необходимаго для ея исполненія содѣйствія. Изъ вознагражденія въ такомъ случаѣ вычитывалось лишь то, что за это время работникъ получилъ отъ другихъ лицъ за свой трудъ. Такое положеніе высказывается въ источникахъ не только по поводу найма труда [2]) и вообще неисполненія возмездныхъ услугъ [3]), но также относительно найма имущества [4]) и купли-продажи [5]). При двухсторонникъ договорахъ случайное неосуществленіе выгодъ, на которыя та или другая сторона могла разсчи-

---

[1]) Ср. Dig. XXXVIII, 1, l. 8, гдѣ тотъ же вопросъ иначе разрѣшается относительно operae liberti, такъ какъ къ патронамъ, пользовавшимся сообща услугами вольноотпущенника, изложенныя ниже соображенія не приложимы.

[2]) Dig. XIX, 2, l. 19, § 9; то же о лицахъ, состоящихъ на государственной службѣ (h. t. l. 19, § 10 и l. 38, § 1), объ адвокатскомъ гонорарѣ (L, 13, l. 10).

[3]) Dig. XXXIII, 1, l. 13 pr.

[4]) Dig. XIX, 2, l. 61. § 1 и l. 56.

[5]) Dig. XIX, 1, l. 3, § 4 Quodsi per emptorem mora fuisset, aestimari oporte pretium, quod sit, cum agatur et quo loco minoris sit. Mora autem videtur esse, si nulla dificultas venditorem impediat, quominus traderet, praesertim *si omne tempore paratus fuit tradere...*

тывать, по общему правилу, только въ томъ случаѣ освобождало ее отъ лежавшихъ на ней обязанностей, когда эти выгоды были обѣщаны или гарантированы другою стороною, и ихъ доставленіе слѣдовательно входило въ юридическій составъ сдѣлки. Нанимаясь, работникъ обѣщалъ нанимателю предоставленіе той потенціальной цѣнности, какую представляли собою его operae, но не обѣщалъ никакихъ опредѣленныхъ выгодъ. Разъ онъ это исполнилъ, для него было юридически безразлично, воспользовался-ли наниматель его operae или нѣтъ, если только per eum non stetit, quominus operas praestet [1]).

Изложенный фрагментъ такимъ образомъ содержитъ только частный случай общаго правила о значеніи при взаимныхъ договорахъ случайной невозможности для сторонъ пользоваться предоставленными имъ выгодами. Правда, если-бы, какъ полагаетъ господствующее мнѣніе, римляне представляли себѣ locatio conductio operarum, какъ договоръ о возмездномъ пользованіи чужимъ трудомъ, если бы вознагражденіе разсматривалось какъ «эквивалентъ обѣщаннаго нанимателю пользованія», указанное рѣшеніе было-бы ничѣмъ необъяснимымъ отступленіемъ отъ упомянутаго общаго принципа, ибо не получившій обѣщанной ему выгоды наниматель долженъ былъ бы все-же исполнить то, что онъ обѣщалъ. Рѣшеніе слѣдовательно подтверждаетъ высказанное нами выше предположеніе о неправильности такого взгляда.

---

[1]) Puntschart, ук. соч., стр. 406 и слѣд. иначе формулируетъ выводъ, сдѣланный изъ указанныхъ положеній источниковъ. По его мнѣнію во всѣхъ этихъ случаяхъ готовность къ исполненію обѣщанныхъ дѣйствій равносильна самому исполненію. Однако, римское право такого суррогата исполненія не знаетъ, а между готовностью къ исполненію и самимъ исполненіемъ практически слишкомъ большая разница, чтобы можно было отожествлять эти два понятія.

Разобранными двумя положеніями исчерпывается все, что мы находимъ въ источникахъ о правахъ и обязанностяхъ сторонъ при наймѣ свободнаго труда. Съ понятіемъ operae, кто бы ихъ не обѣщалъ, у римлянъ связывалось представленіе о работѣ, совершаемой въ теченіе рабочаго дня, безотносительно къ ея свойству и характеру. Отсюда само собою вытекало, что, обѣщавъ ихъ приложеніе къ чужому хозяйству и проявленіе согласно съ указаніями и потребностями нанимателя, работникъ въ теченіе договорнаго срока долженъ былъ въ извѣстной мѣрѣ подчинять свою рабочую силу и свою личность, насколько она съ нею неразрывно связана, волѣ и власти нанимателя. Тѣмъ болѣе удивительно на первый взглядъ, что мы въ римскомъ гражданскомъ правѣ не находимъ никакихъ постановленій о содержаніи и предѣлахъ этой власти. Мы видѣли, какъ опредѣлялись ея предѣлы при наймѣ рабовъ и въ отношеніяхъ между патрономъ и вольноотпущенникомъ, и убѣдились, что относящіяся сюда постановленія непримѣнимы къ свободнымъ работникамъ. То, что въ источникахъ говорится объ отношеніяхъ, вытекающихъ изъ договора locatio cond. operis, также отнюдь не можетъ быть распространено на отношенія изъ найма труда, ибо подрядчикъ по общему правилу не подчиняетъ своей рабочей силы власти заказчика. Остается, слѣдовательно, только предположить, что указанное обычное послѣдствіе найма труда—подчиненіе работника хозяйской власти нанимателя—составляло въ Римѣ чисто бытовое явленіе, не относившееся къ области гражданскаго права и вообще не подлежавшее правовой нормировкѣ. И это заключеніе подтверждается всѣмъ, что намъ извѣстно о характерѣ римскаго дома и объ отношеніи государства и общества къ экономически несостоятельнымъ классамъ.

Нанимавшійся на работы или въ услуженіе обыкновенно на время поступалъ въ домъ нанимателя и факти-

чески входилъ въ составъ его домашней челяди, его familia въ самомъ широкомъ смыслѣ этого слова [1]). Римскій домъ [2]) представлялъ собою замкнутый міръ и монархически организованный соціальный союзъ, внутренняя жизнь котораго не нормировалась формальными законами, а управлялась освященною религіею и нравами властью домовладыки подъ контролемъ общественнаго мнѣнія. Въ эту сакраментальную область судебная власть вторгалась лишь въ исключительныхъ случаяхъ, когда это настоятельно требовалось интересами государства. Отношенія между домочадцами, ихъ права и обязанности, вообще весь укладъ жизни въ подвластной ему сферѣ опредѣлялись домовладыкою. Имъ же, въ качествѣ domesticus magistratus, разрѣшались споры между ними [3]) и карались мелкія провинности, какъ напр., домашнія кражи [4]).

На свободныхъ mercenarii *юридически* не распространялась власть paterfamilias; онъ не имѣлъ надъ ними ни potestas, ни dominium. Но они фактически, наравнѣ съ его familia, должны были испытывать на себѣ его власть, какъ автономнаго главы хозяйства. Это положеніе не санкціонировано ни публичнымъ, ни гражданскимъ правомъ, но источники даютъ намъ несомнѣнныя доказательства того, что гражданское право съ нимъ считалось. Когда, напр., домовладыкѣ отказывалось вещное пользованіе домомъ (usus), то жить въ немъ по указанію Ульпіана [5]) ему позволялось cum familia quoque sua, и въ томъ числѣ cum his, quos loco servorum in operis habet, licet liberi sint, aut servi alieni. И это касалось не одного только usus. Всякій сервитутъ можно было осуществить

---

[1]) Dig. L, 16, l. 195, § 3.
[2]) Ср. Ihering, Geist d. r. R. II, 1, 32.
[3]) Dig. II, 4, l. 18, Cod. VIII, 47, l. 4.
[4]) Dig. XLVIII, 19, l. 11, § 1, см. ниже въ текстѣ.
[5]) Dig. VII, 8, l. 4.

черезъ свободнаго наемника, предотвращая этимъ путемъ его утрату вслѣдствіе nonusus.

Dig. VIII, 6, l. 20. Usu retinetur servitus, cum ipse, cui debetur, utitur, quive in possessione eius est, *aut mercenarius*...

Еще болѣе ярко подчеркивается фактическая принадлежность свободнаго наемника къ челяди въ Dig. XLVIII, 19, l. 11, § 1: Furta domestica, si viliora sunt, publice vindicanda non sunt; nec admittenda est huiusmodi accusatio, quum servus a domino, vel libertus a patrono, in cuius domo moratur, vel *mercenarius ab eo, cui operas suas locarerat*, offeratur quaestioni; nam domestica furta vocantur, quae servi dominis, vel liberti patronis, vel mercenarii apud quos degunt surripiunt.

Кража, совершенная рабомъ, либертомъ *или свободнымъ наемникомъ* у хозяина, если она была не особенно значительна, не каралась публичнымъ судомъ, а относилась къ области домашней юрисдикціи.

Фактическое подпаденіе свободнаго наемника подъ хозяйскую власть такимъ образомъ не осталось незамѣченнымъ, но никакихъ формальныхъ гарантій противъ злоупотребленія ею римское право не создавало. Весьма вѣроятно, что требованія, признанныя закономъ несовмѣстимыми съ свободнымъ состояніемъ вольноотпущенника, не могли также предъявляться работодателемъ къ свободнымъ работникамъ, и что неотъемлемыя права либертовъ, о которыхъ мы говорили выше, фактически принадлежали также свободнымъ мерценаріямъ. Въ видѣ общаго положенія это въ источникахъ нигдѣ не выражено, но относительно одной изъ самыхъ существенныхъ обязанностей работодателя,—прокормленія работника и оставленія ему времени для тѣлеснаго ухода—имѣется довольно опредѣленное указаніе:

Dig. XXXVIII, 1, l. 50, § 1. Non solum autem libertum, *sed etiam alium quemlibet operas edentem* alendum

aut satis temporis ad quaestum alimentorum relinquendum, et in omnibus tempora ad curam corporis necessariam relinquenda.

Требованія закона, чтобы работа была honesta, sine periculo и т. д., римскіе юристы также не распространяли expressis verbis на свободныхъ работниковъ, но эти ограниченія, въ сущности, сами собою вытекали изъ общихъ положеній о недопустимости безнравственныхъ договоровъ [1]). Отсутствіе соотвѣтственныхъ указаній въ источникахъ можно объяснить еще тѣмъ, что свободный работникъ фактически могъ просто не исполнять слишкомъ обременительныхъ или позорныхъ требованій. Едва ли тѣмъ лицамъ, которыя нанимались въ услуженіе, была особенно страшна имущественная отвѣтственность, если бы она имъ и угрожала. Во всякомъ случаѣ, мы никакихъ слѣдовъ тяжбъ между нанимателями и рабочими, вызванныхъ непомѣрными требованіями первыхъ, въ источникахъ не встрѣчаемъ.

Правда, въ Римѣ, какъ и въ современной жизни, нужда заставляла работника мириться съ тяжелыми для него условіями договора даже тогда, когда онъ юридически имѣлъ возможность уклониться отъ ихъ исполненія. Это обстоятельство въ настоящее время служитъ оправданіемъ вмѣшательства законодателя въ отношенія между рабочими и работодателями и ограниченій договорной свободы въ области найма труда. Римское законодательство также не относилось безразлично къ экономической безпомощности свободнаго пролетаріата, но отъ вмѣшательства въ договорныя отношенія оно воздержалось. Общество, привыкшее къ зрѣлищу безжалостной эксплуатаціи труда рабовъ и вольноотпущенниковъ, считавшее исполненіе свободнорожденнымъ гражданиномъ

[1]) Ср. Lotmar, Der unmoralische Vertrag.

за плату низшихъ обязанностей въ чужомъ хозяйствѣ явленіемъ нежелательнымъ и не заслуживавшимъ поощренія, такое общество не могло проявить особенной чуткости къ участи лицъ, добровольно промѣнявшихъ свое независимое положеніе на положеніе слугъ или рабочихъ. Юристъ Павелъ въ своихъ сентенціяхъ облекъ это равнодушіе въ юридическій тезисъ: homo liber, qui statum suum in potestate habet, et pejorem eum et meliorem facere petest. atque ideo operas suas diurnas nocturnasque locat. Зависимое положеніе мерценарія должно было казаться римскому обществу и римскимъ юристамъ нормальнымъ и неизбѣжнымъ послѣдствіемъ самоуниженія свободнорожденнаго до состоянія, достойнаго только раба или либерта. Поэтому римское соціальное законодательство не стремилось уменьшить эту зависимость, смягчить ея послѣдствія, оно только боролось съ матеріальною нуждою, заставлявшею этихъ лицъ отдавать свои орегае ради заработка.

Мы не будемъ входить въ подробный разборъ мѣръ, направленныхъ противъ пауперизма [1]). Ассигнація земельныхъ участковъ и устройство колоній для уменьшенія городского пролетаріата не могли помѣшать его постоянному росту, особенно въ городѣ Римѣ. Тогда прибѣгали къ удешевленію и даже къ даровой раздачѣ хлѣба и другихъ предметовъ первой необходимости, къ ограниченію размѣра процентовъ по займамъ и періодическому сложенію накопившихся недоимокъ по частнымъ долгамъ (novae tabulae). Позднѣе [2]) дѣлались—правда, неудачныя—

---

[1]) См. по этому вопросу Ihering, Geist d. r. R. II, 1 S. 34, K. Fisch, Die sociale Frage im alten Rom bis zum Untergang der Republik, Ivo Pfaff, Ueber den rechtlichen Schutz des wirtschaftich Schwächeren in der röm. Kaisergesetzgebung. (у него дальн. литерат.).

[2]) О позднѣйшей эпохѣ см. Bruder, Zur ökon. Charakteristik d. röm. Rechts въ Ztschr. d. ges. Statswiss. 32, стр. 331 и слѣд.

попытки таксировки цѣнъ на предметы первой необходимости. Наиболѣе извѣстная изъ нихъ—edictum de pretiis rerum venalium императора Діоклеціана [1]),—даже касалась размѣровъ заработной платы. При христіанскихъ императорахъ развиваются и расширяютъ свою дѣятельность благотворительныя учрежденія и оказывается нѣкоторое покровительство коллегіямъ малоимущихъ лицъ, преслѣдовавшихъ цѣли взаимопомощи (collegia tenuiorum, funeraticia и др.) [2]). Но въ то же время всякія попытки объединенія лицъ, занятыхъ ремесленнымъ трудомъ, въ союзы встрѣчали отпоръ со стороны государственной власти и сурово подавлялись ею [3]).

Изъ перечисленныхъ мѣръ ни одна не была непосредственно направлена на улучшеніе условій наемнаго труда. Вообще мысль о законодательной охранѣ трудящихся, какъ особой соціальной категоріи лицъ, была чужда римскому праву. Если бы оно задалось этою цѣлью, то первымъ шагомъ должно было быть сокращеніе конкуренціи рабскаго труда, съ которою свободный рабочій встрѣчался на каждомъ шагу. Но подобнаго требованія сами рабочіе, насколько можно судить, никогда не предъявляли. «Никогда, говоритъ Сальвіоли, въ Римѣ не раздавался призывъ къ борьбѣ съ купленными массами, обезцѣнивавшими физическій трудъ и отнимавшими хлѣбъ у рабочихъ; никогда римскій пролетаріатъ не требовалъ изгнанія невольниковъ. Свободный рабочій не жаловался на трудность добыванія работы, а на то, что онъ принужденъ работать, что онъ не такъ богатъ, какъ правящіе классы, не имѣетъ клочка земли». Римскій пролетаріатъ какъ бы

---

[1]) Ср. Blümner, Der Maximaltarif Diocletians (у него воспроизведенъ текстъ эдикта).

[2]) О характерѣ этихъ коллегій, впрочемъ, высказываются разнорѣчивыя мнѣнія, см. Pfaff, ук. соч., стр. 84.

[3]) См. Cohn, Zum röm. Vereinsrecht.

не замѣчалъ своего «наслѣдственнаго врага» (Erbfeind), каковымъ, по словамъ Іеринга, являлся для него рабъ.

Такимъ образомъ, несовмѣстимость характера римскаго дома и хозяйской власти съ вмѣшательствомъ законодателя во внутреннюю жизнь семьи и равнодушіе общества къ фактическимъ послѣдствіямъ добровольнаго закабаленія свободнаго человѣка—вотъ главнѣйшія причины отсутствія въ римскомъ гражданскомъ правѣ нормъ объ обязанностяхъ нанимателя по отношенію къ личности нанявшагося и о предѣлахъ его власти надъ нею. Условія рабскаго хозяйства не помѣшали римскому генію выработать почерпнутое изъ практики жизни ясное и опредѣленное понятіе о трудѣ, какъ о самостоятельномъ объектѣ оборота, отдѣльномъ отъ личности работника, и отчетливо провести границу между operae и остальными выгодами, отчуждаемыми безъ mutatio dominii, т. е. безъ ихъ источника. Не чужда была римскому праву также разница между наймомъ operae, какъ способомъ увеличенія средствъ для собственной хозяйственной дѣятельности работодателя (loc. cond. operarum), и отдачею опредѣленныхъ работъ въ чужія руки перенесеніемъ ихъ въ кругъ хозяйственной дѣятельности работника (loc. cond operis). Но вопросомъ объ опредѣленіи предѣловъ хозяйской власти и выработкою соотвѣтственныхъ юридическихъ принциповъ, на которыхъ должна быть построена эта сторона найма труда, римскіе юристы не задавались и не могли задаваться, пока въ лицѣ рабовъ трудъ и капиталъ сливались въ одно нераздѣльное цѣлое. Римское гражданское право формально никогда не распространяло на свободныхъ наемниковъ potestas dominica, но и не препятствовало ея фактическому существованію. Оно ограничивалось тѣми гарантіями, которыя представляли принципъ неотчуждаемости и неотъемлемости свободы посредствомъ юридическихъ сдѣлокъ, фактическій кон-

троль общественнаго мнѣнія и собственный интересъ работодателя. Только по отношенію къ operae libertis impositae оно, какъ мы видѣли, принимало болѣе дѣйствительныя мѣры.

При христіанскихъ императорахъ эти гарантіи начинаютъ постепенно утрачивать свое практическое значеніе. Рѣзкая грань между свободнымъ и несвободнымъ состояніемъ мало по малу затемняется вслѣдствіе того, что нѣкоторыя категоріи свободныхъ лицъ по соображеніямъ финансовой и аграрной политики прикрѣпляются къ опредѣленной корпораціи, къ извѣстной мѣстности или къ обрабатываемой ими землѣ [1]). Не вдаваясь въ подробный разборъ причинъ этого послѣдняго явленія, можно съ увѣренностью сказать, что ихъ слѣдуетъ искать, главнымъ образомъ, въ измѣнившихся условіяхъ хозяйственной жизни и, въ особенности, въ усилившемся спросѣ на трудъ свободныхъ лицъ. Возстаніе рабовъ и прекращеніе завоевательныхъ войнъ значительно уменьшили количество несвободныхъ работниковъ, естественный приростъ которыхъ, при малой распространенности у нихъ моногамическихъ браковъ, также былъ сравнительно незначителенъ. Повидимому, уже при императорахъ Августѣ и Тиберіи въ сельскомъ хозяйствѣ сталъ ощущаться острый недостатокъ въ рабочихъ рукахъ [2]). Объ этомъ свидѣтельствуетъ сообщеніе Суэтона, что названнымъ императорамъ пришлось въ цѣляхъ борьбы съ ловлею людей на большихъ дорогахъ и насильственнымъ удержаніемъ ихъ въ рабочихъ казармахъ (ergastula) устраивать періодическія ревизіи этихъ казармъ. Дешевый хлѣбъ, привозимый изъ

---

[1]) Karlowa, Röm. Rg. I, § 106 и слѣд., Хвостовъ, Ист. рим. права (10 изд.), стр. 363 слѣд.

[2]) M. Weber, Die sozialen Gründe des Unterganges der alten Kultur, въ журналѣ «Die Wahrheit» за 1896 г. № 63, стр. 65, Seeck, Geschichte des Untergangs der antiken Welt. (2 изд.) гл. V.

провинцій, заставлялъ италійскихъ землевладѣльцевъ постепенно переходить къ инымъ формамъ хозяйства, въ которыхъ групповый трудъ рабовъ подъ присмотромъ надзирателей не могъ имѣть широкаго примѣненія. Дорожа интенсивностью работы и личною заинтересованностью работника въ успѣхѣ хозяйства, крупные помѣщики стали особенно усердно примѣнять практиковавшуюся уже раньше отдачу земельныхъ участковъ въ аренду, какъ своимъ либертамъ и рабамъ [1]), такъ и свободнымъ арендаторамъ, стремясь при этомъ возможно прочнѣе прикрѣпить ихъ къ землѣ.

Правда, договоромъ срочной аренды, при его чисто обязательственномъ характерѣ и расторжимости въ любой моментъ, еще не создавалась неразрывная связь съ землею. Но его недочеты въ этомъ отношеніи восполняла экономическая необезпеченность арендаторовъ [2]). Она заставляла свободныхъ арендаторовъ такъ дорожить отведеннымъ имъ участкомъ и прочностью отношеній къ помѣщику, что они въ конечномъ итогѣ оказывались не менѣе зависимыми [3]), чѣмъ либерты и даже рабы. Силою вещей соціальныя различія между тѣми и другими стали сглаживаться. Съ внѣшней стороны это проявлялось въ томъ, что тѣхъ и другихъ стали обозначать общимъ терминомъ «coloni» въ смыслѣ лицъ, обрабатывавшихъ въ зависимомъ положеніи чужой участокъ земли [4]).

---

[1]) M. Weber, ук. соч. стр. 244, высказываетъ предположеніе, что экономическая цѣль прекаріума также состояла отчасти въ созданіи постояннаго контингента зависимыхъ рабочихъ рукъ

[2]) Ср. Pernice Parerga въ Ztschr. für RG. Bd. XIX (1898) стр. 89 сл.

[3]) Ихъ вѣроятно Варронъ подразумѣваетъ, говоря о pauperculi, cum sua progenie, обрабатывавшихъ чужія земли. См. выше стр. 161.

[4]) Терминъ coloni первоначально не имѣлъ техническаго значенія, а означалъ тоже, что cultor т. е. «профессіональный земледѣлецъ». Сложный вопросъ о римскомъ колонатѣ будетъ нами затронутъ лишь настолько, насколько это необходимо для выясненія значенія этого инсти-

Со второй половины III вѣка законодательство начинаетъ усваивать взглядъ на колоновъ, какъ на лицъ, прикрѣпленныхъ къ землѣ (glebae adscripti). Но о колонатѣ, какъ постоянномъ явленіи хозяйственной жизни,— особенно въ провинціяхъ—упоминается гораздо раньше какъ у бытописателей, такъ и у юристовъ [1]). Колумелла (писатель второй половины I вѣка послѣ Р. Хр.) говоритъ о колонахъ, какъ объ одномъ изъ элементовъ, входящихъ въ составъ любого крупнаго имѣнія [2]), и совѣтуетъ относиться къ нимъ снисходительно, больше настаивать на исполненіи ими своей работы (opus), чѣмъ на платежѣ аренды [3]), и не быть слишкомъ придирчи-

---

тута, какъ суррогата найма труда и какъ показателя измѣнившихся правовоззрѣній. Литература о колонатѣ и, въ частности, о его происхожденіи очень обширна. См. особенно Savigny Ueber den römischen Colonat (1823), Heisterbergk, Die Entstehung des Kolonats (1876), Fustel de Coulange, Recherches sur quelques problêmes historiques (1885), (Ср. рецензію проф. Гревса въ Журн. Мин. Народ. Просв. за 1886 г. часть 248), Rodbertus въ Hildebrandts Jahrb. für Nat. и Stat. т. II, стр. 206 сл., Seeck у Pauly-Wissowa Reallexicon s. v. colonatus, Гревсъ, Очерки исторіи римскаго землевладѣнія Спб. 1899, Ростовцевъ въ Handw. f. Staatsw. 3 изд. s. v. Kolonat. Подробный анализъ политическихъ и экономическихъ факторовъ, опредѣлявшихъ развитіе колоната въ Италіи (на основаніи новѣйшихъ матеріаловъ) даетъ проф. Ростовцевъ, Studien zur Gesch. des römischen Kolonats. (Beitr. zum Arch. f. Papyrusforschung 1910), Ср. также Петрушевскій, Очерки изъ ист. средневѣк. общества (Мск. 1907) стр. 121 сл.

[1]) Уже Варронъ, ч. I, 2, 17 упоминаетъ о leges colonicae, Ср. также II, 317. Изъ юристовъ мы находимъ первое упоминаніе о колонахъ у Сервія Сульпиція, умершаго въ 43 г. до Р. Х., (Dig. XIX, 2, l. 15, § 2) и у его ученика Альфена (l. c. l. 30, § 4). Доказательствомъ ранняго развитія колоната служитъ также разсказъ Цезара, De bello civ. I, 34 и 56 о томъ, что нѣкій Домицій изъ своихъ рабовъ, либертовъ и *колоновъ* соорудилъ экипажъ для семи военныхъ кораблей, причемъ экипажъ для одного корабля онъ составилъ исключительно изъ своихъ «coloni pastoresque». Но тутъ очевидно рѣчь идетъ не о свободныхъ колонахъ.

[2]) Гл. VII ...praecipua cura domini requiritur cum in ceteris rebus, maxime in hominibus. atque hi vel coloni, vel servi sunt, soluti aut vincti.

[3]) Ibid.: Comiter agat cum colonis facilemque se praebeat. avarius opus exigat quam pensiones, quoniam et minus id offendit et tamen in universum magis prodest.

вымъ относительно соблюденія ими сроковъ платежа и исполненія прочихъ добавочныхъ обязательствъ (ceterae parvae accessiones). Наиболѣе полезны [1]) въ хозяйствѣ, какъ показываетъ опытъ (Колумелла ссылается на мнѣніе другихъ лицъ), колоны, родившіеся въ томъ же имѣніи и съ ранняго дѣтства съ нимъ связанные [2]).

Веберъ [3]) видитъ въ словахъ «opus avarius exigere» (см. выше стр. 215 прим. 3) доказательство того, что уже во времена Колумеллы колоны должны были, помимо обработки отведеннаго имъ участка, нести барщину въ видѣ работъ въ пользу помѣщика. Это предположеніе, по его мнѣнію, потверждается словами того-же Колумеллы, въ гл. II, 9, 17: multis regionibus cibariis eorum coloni sustinentur. Изъ нихъ Веберъ заключаетъ, что колоны временами работали въ усадьбѣ помѣщика и тогда получали отъ него пищу. Но такое толкованіе приведенныхъ словъ, какъ выяснено Пернисомъ [4]), есть плодъ недоразумѣнія. Предположеніе, что уже въ эпоху Колумеллы съ добровольнымъ колонатомъ связывались принудительныя работы, вообще мало вѣроятно. Если-бы это было такъ и parvae accessiones, о которыхъ говоритъ Колумелла, имѣли сколько нибудь существенное бытовое значеніе, юристы той эпохи не могли бы не упомянуть объ этой яркой особенности въ положеніи колона по сравненію съ обыкновеннымъ арендаторомъ [5]). Трудно было бы также понять, почему

---

[1]) Ibid. VII, 2.

[2]) Ibid. I. Volutium asseverantem audivi, patris familias felicissimum fundum esse, qui colonos indigenos haberet, et tamquam in paterna possessione natos, jam inde a cunabilis longa familia ritate retineret.

[3]) Ук. соч. стр. 244, См. также Voigt Röm. Rechtsgesch. II, стр. 934, N. 48.

[4]) Пернисъ (l. cit. стр. 91, N. 4) указываетъ, что въ приведенномъ мѣстѣ говорится о томъ, чѣмъ питался колонъ, а не, отъ кого онъ получалъ пищу.

[5]) Между тѣмъ еще Гай (Dig. XIX, 2, l. 25, § 6) знаетъ только два вида колоновъ: qui ad pecuniam numeratam conduxit и partiarius colonus, qui

еще кодексъ Ѳеодосія предупреждаетъ земледѣльцевъ, что отъ варваровъ, находившихся на положеніи колоновъ (jure colonatus), нельзя требовать принудительной работы въ усадьбѣ [1]).

Когда, какимъ образомъ, подъ вліяніемъ какихъ обстоятельствъ сложился колонатъ, какъ зависимое отношеніе съ характернымъ для него прикрѣпленіемъ лично свободныхъ земледѣльцевъ къ арендованному или отведенному имъ участку, едва-ли можетъ быть опредѣлено съ точностью. Это длительный процессъ, совершавшійся постепенно и незамѣтно въ нѣдрахъ сельско-хозяйственной жизни. Мы не будемъ останавливаться на высказанныхъ по этому поводу предположеніяхъ [2]). Съ формальнымъ признаніемъ крѣпостной связанности колона и подробною законодательною нормировкою колоната, мы впервые встрѣчаемся въ кодексахъ Ѳеодосія и Юсти-

---

quasi societatis jure et damnum, et lucrum cum domino fundi partitur. О крѣпостныхъ колонахъ онъ не упоминаетъ; къ нимъ конструкція товарищества очевидно не примѣнима. Первыя указанія на существованіе категоріи лично свободныхъ поселенцевъ, неразрывно связанныхъ съ чужимъ участкомъ, на которомъ они поселились, относятся къ inquilini, которыхъ, по сообщенію юриста Марціана, (жившаго во второй половинѣ III вѣка), императоры Маркъ и Коммодъ (177—180) запретили отчуждать отдѣльно отъ участка. Ср. Dig. XXX, 112. Но это не касалось колоновъ, ибо даже несвободные колоны въ ту эпоху еще не признавались за «instrumentum fundi». Ср. Dig. XXXIII, 7, l. 12, § 3. Свободные-же формально разсматривались, какъ арендаторы земли на опредѣленный срокъ. То обстоятельство, что аренда фактически принимала очень часто пожизненный и даже наслѣдственный характеръ, что дѣти колоновъ уже безъ особаго договора оставались на томъ-же участкѣ, въ глазахъ юристовъ не мѣняло юридической сущности отношеній. Сліяніе пиквилиновъ и другихъ видовъ glebae adscripti съ колонами произошло много позже. Ср. Seeck у Pauly-Wissowa, стр. 497 и его-же Geschichte des Unterg. стр. 579.

[1]) Cod. Theod. V, 6, 3. См. ниже стр. 223 прим. 1.

[2]) См. объ этихъ вопросахъ особенно Heisterbergk, ук. соч. стр. 7 сл., Fustel de Coulange, ук. соч. стр. 17 слѣд., Revillout Etude sur l'histoire du colonat chez les Romains въ Revue historique de droit franç. et étr. ч. II (1856) стр. 417 сл., ч. III (1857) стр. 209 сл. и Rostowzew, ук. соч.

ніана [1]). Но они уже говорятъ о немъ, какъ о давно сложившемся институтѣ. Какъ мы видѣли, есть и другія безспорныя данныя, свидѣтельствующія о томъ, что колонатъ въ хозяйственной жизни сложился много раньше и отнюдь не является твореніемъ законодательства. Со времени Діоклеціана римская государственная политика благопріятствовала насильственному прикрѣпленію подданныхъ къ опредѣленной сферѣ жизни и опредѣленной дѣятельности въ цѣляхъ фискальныхъ, народнохозяйственныхъ или по инымъ соображеніямъ. Духъ эпохи отразился также на колонатѣ [2]), гдѣ условія для этого были особенно благопріятны. На почвѣ общаго безправія, налогового гнета, хронической задолженности мелкихъ хозяевъ, столь-же хроническаго недостатка въ сельскохозяйственныхъ рабочихъ и ряда другихъ обстоятельствъ, содѣйствовавшихъ росту и усиленію крупнаго землевладѣнія за счетъ мелкаго, постепенно совершалось превращеніе свободныхъ колоновъ-арендаторовъ въ membra terrae [3]), servi terrae [4]) и т. под. «Образовалось, говоритъ

---

[1]) Самая ранняя изъ относящихся сюда конституцій издана въ 331 г. имп. Константиномъ (Cod. Theod. V, 9, 1).

[2]) Въ III вѣкѣ тенденція къ фактическому закрѣпощенію колоновъ выступаетъ въ хозяйственной жизни такъ рѣзко, что рескрипты и рѣшенія императоровъ стараются ставить ей предѣлъ. Такъ имп. Филиппъ въ 244 г. напоминаетъ, что invitos conductores seu heredes eorum post tempora locationis impleta non esse retinendos, saepe rescriptum est (Cod. Just. IV, 65, l. 11). И если только слова «vel colonus» въ Paulus Sent. III, 6 48 не интерполированы, какъ полагаютъ Зекъ и др., то и это мѣсто можетъ служить доказательствомъ того, что взглядъ на колона, какъ на instrumentum fundi въ жизни пустилъ глубокіе корни: Actor vel colonus ex alio fundo in eodem constitutus qui *cum omni instrumento* legatus erat, ad legatarium non pertinet, nisi cum ad jus ejus fundi testator voluerit pertinere См. также жалобу, поданную колонами казенныхъ участковъ saltus Burunitanus, императору Коммоду на его conductores, напечатанную Момсеномъ въ «Hermes» т. XV, стр. 385 сл. Ср. Веберъ, ук. соч. стр. 247, прим. 59.

[3]) Cod Just. XI, 47 (48) De agricolis censitis vel colonis l. 23 pr.

[4]) Ibid. XI, 51 (52) ...et ne forte colonis tributariae sortis nexibus absolutis, vagandi et, quo libuerit, recedendi facultas permissa videatur, ipsi

профессоръ Ростовцевъ (Handw. d. Stw. 3 изд. V, стр. 919), новое сословіе, занимавшее въ хозяйственномъ отношеніи середину между арендаторами и рабами, между государственными крестьянами и крѣпостными. Его положеніе нуждалось въ юридической фиксаціи, такъ какъ оно представляло новое, дотолѣ неслыханное явленіе. По необходимости должно было возникнуть законодательство, отчасти воспроизводившее обычное право, и задавшееся цѣлью опредѣлить соціальное и правовое положеніе этого новаго сословія. Пришедшая въ упадокъ римская юриспруденція была безсильна продумать и теоретически формулировать нарождающіяся отношенія. Нормы о колонатѣ не были, подобно положеніямъ о гражданахъ или о рабахъ, (Bürger-oder Sklavenrecht) приведены въ стройную систему. Онѣ такъ и остались рядомъ разрозненныхъ предписаній, разрѣшавшихъ по мѣрѣ надобности то, что возбуждало споры или сомнѣнія. И эта задача также была нелегкая. Пока дѣло шло о прикрѣпленіи колоновъ къ участку, еще можно было пользоваться какъ образцомъ нѣкоторыми мѣрами, принятыми въ греческихъ провинціяхъ (standen mehrere hellenistische Massregeln derselben Art zu Gebote), но опредѣленіе гражданско-правовой структуры этихъ промежуточныхъ (hybride) формацій представляло чрезвычайныя трудности... Основная тенденція этого законодательства остается повсюду одною и тою же: подчеркивается, что колонъ свободенъ и въ тоже время нормы о колонахъ—чѣмъ дальше, тѣмъ больше—приближаются къ положеніямъ о рабахъ».

Двойственность и неясность правового положенія колоновъ не могла не отразиться на касавшихся ихъ

---

quidem originario iure teneantur, et licet conditione videantur ingenui, servi tamen terrae ipsius, cui nati sunt, existimentur, nec recedendi, quo velint aut permutandi loca habeant facultatem, sed possessor eorum iure utatur et patroni sollicitudine et domini potestate. Ср. также XI, 47 (48) c. 15.

законодательныхъ постановленіяхъ. По кодексу Юстиніана лица, по соглашенію или фактически пользовавшіяся чужимъ участкомъ земли въ теченіе ряда лѣтъ, въ качествѣ колоновъ, а также потомки этихъ лицъ признавались неразрывно связанными съ землею. Самовольный уходъ такого колона давалъ помѣщику право истребовать его отъ третьихъ лицъ (даже, когда тѣ не знали о томъ, что онъ колонъ), а по возвращеніи поступить съ нимъ, какъ съ бѣглымъ рабомъ, т. е. заковать его въ кандалы [1]). Съ другой стороны и собственнику не позволялось произвольно отдѣлять колона отъ земли, отчуждать его безъ участка или участокъ безъ него [2]). Допускалось только въ видѣ исключенія перемѣщеніе колоновъ съ одного участка на другой въ цѣляхъ равномѣрнаго распредѣленія cultores.

Юридически колоны никогда не переставали принадлежать къ разряду liberi et ingenui. Какъ таковые, они привлекались къ военной службѣ, могли вступать въ бракъ, наслѣдовать, оставлять наслѣдство, заключать сдѣлки, владѣть имуществомъ, даже землею, заниматься торговлею, пользоваться судебною защитою и т. д. Однако ихъ соціальное положеніе очень мало отличалось отъ положенія рабовъ. Уже Горацій называетъ ихъ paupері ruris coloni (Carm. I, 35, 5) inopes coloni (II, 14, 12) и въ подобныхъ-же выраженіяхъ говорятъ о нихъ другіе писатели. Неудивительно, что и въ законѣ, они нерѣдко противополагаются свободнымъ лицамъ, ихъ имущество называется peculium и ихъ положеніе servilis conditio [3]) и т. д.

---

[1]) Cod. Just. XI, 51 и 52; Cod. Theod. V, 9, l. 1.

[2]) Cod. Just. XI, 47, c. 2 и 7.

[3]) См. ссылки, привед. у Pauly Wissowa s. v. colonatus.

Наиболѣе дѣйствительнымъ средствомъ для того, чтобы держать колоновъ въ подчиненіи, повидимому, служила ихъ задолженность собственнику участка, отъ которой они, по свидѣтельству Плинія [1]), сами не надѣялись когда нибудь избавиться. Постепенно урѣзываніе правъ колоновъ распространилось на ихъ частноправовую сферу. Такъ для отчужденія колономъ своего имущества стали требовать согласія господина, имущества-же, отчужденнаго безъ его согласія господинъ могъ требовать обратно, какъ растраченное. Болѣе существенно то, что по рескрипту императоровъ Аркадія и Гонорія [2]) судебная защита противъ господина давалась колону только въ случаяхъ совершенія противъ нихъ уголовнаго преступленія или самовольнаго повышенія арендной платы. Не подлежитъ также сомнѣнію, что принадлежавшее господину по отношенію ко всѣмъ adscriptitii право тѣлеснаго наказанія касалось также колоновъ [3]).

Ко времени Юстиніана положеніе колоновъ настолько ухудшилось, что вполнѣ серьезно ставится вопросъ, quae peior fortuna sit, utrumne adscriptitia vel servilis? Положеніе рабовъ подъ вліяніемъ измѣнившихся хозяйственныхъ условій и христіанской церкви значительно улучшилось и надѣленіе ихъ участками земли въ качествѣ «квазиколоновъ» стало очень распространеннымъ явленіемъ. Разница между ними и свободнымъ колономъ была скорѣе формально-юридическою, чѣмъ фактическою. Она заключалась въ томъ, что колоны разсматривались, какъ servi terrae ipsius, какъ составная часть земли, связь

---

[1]) Plinius Epist. (ed. Teubneri) XI, 37, 2: plerisque nulla jam cura minuendi aeris alieni, quod desperant posse persolvi; rapiunt etiam consumuntque, quod natum est, ut qui jam putent se non sibi parcere.

[2]) Cod. Just. XI, 49 (50) c. 2.

[3]) Cod. Just. VII, 24, § 1; XI, 47, 24, § 1. См. также жалобу колоновъ изъ Saltus Burut. (выше стр. 218 прим. 2).

съ которою не могла быть ими порвана; рабъ же составлялъ непосредственную собственность своего господина.

При такомъ зависимомъ положеніи колоновъ нѣтъ ничего удивительнаго въ томъ, что землевладѣльцамъ удавалось пользоваться ими не только какъ cultores на отведенномъ участкѣ, но вообще какъ подневольною рабочею силою. Въ законѣ мы прямыхъ указаній на это не встрѣчаемъ [1]). Но, если утвержденіе Вебера, что уже въ первые вѣка Имперіи на колонѣ лежало исполненіе обязательной работы въ видѣ барщины, и нельзя считать доказаннымъ, то относительно послѣдующихъ вѣковъ на этотъ счетъ—по крайней мѣрѣ въ провинціи—имѣются вполнѣ опредѣленныя данныя. Такъ напр. въ приведенной выше жалобѣ колоновъ, сидѣвшихъ на saltus Buritanus указывается, что согласно инструкціи императора Адріана (lex Hadriana) арендаторы казенныхъ земель (conductores) имѣли право требовать отъ каждаго изъ сидѣвшихъ на ней колоновъ по два дня operae aratoriae, sartoriae и messoriae, а также juga т. е. поставку пары рабочихъ воловъ. Колоны въ своей жалобѣ не возражаютъ противъ возложенія на нихъ этихъ повинностей, а только жалуются, что conductores требуютъ отъ нихъ лишняго и за ослушаніе подвергаютъ ихъ наказанію. Вѣроятно принудительныя работы сперва устанавливались императорами въ своихъ земляхъ, въ которыхъ граница между частно- и публичноправовою зависимостью раньше и легче стушевывалась въ виду особенно авторитетнаго положенія conductores [2]). Оттуда этотъ обычай былъ перенесенъ на частныя земли, имѣя своимъ источникомъ не правовыя нормы, а

---

[1]) Намекъ на принудительныя работы быть можетъ содержится въ Dig. L, 4, l. 18, § 22: Huiusmodi igitur obsequia et hi qui neque municipes, neque incolae sunt, agnoscere coguntur. Относит. принудительныхъ работъ на государственныхъ земляхъ ср. Rostowzew Studien, стр. 195 сл., 193 сл.

[2]) Schulten, Die römischen Grundherrschaften (1896) стр. 196 сл.

право сильнаго. Такимъ образомъ, сельскохозяйственныя работы, отправлявшіяся колонами и членами ихъ семей первоначально по соглашенію, благодаря ихъ зависимости и на почвѣ общей обязанности къ послушанію (obsequium), современемъ превратились въ принудительныя. Установилось положеніе среднее между свободнымъ и несвободнымъ трудомъ, напоминающее «принудительную службу» (Gesindezwang) среднихъ вѣковъ. И законодательство это молчаливо санкціонировало. По крайней мѣрѣ въ кодексѣ Ѳеодосія указывается только на недопустимость возложенія на колоновъ другихъ работъ, кромѣ сельскохозяйственныхъ, а именно обремененія ихъ urbanis obsequiis [1]).

На постановку найма труда въ римскомъ правѣ колонатъ замѣтнаго вліянія не оказалъ, ибо римскіе юристы видѣли въ немъ разновидность аренднаго договора, а не личнаго найма. Арендаторъ могъ обѣщать и нерѣдко обѣщалъ, кромѣ арендной платы, опредѣленныя работы (opus). Это были тѣ parvae accessiones, о которыхъ упоминаетъ Колумелла, но не ими опредѣлялась юридическая природа отношеній. Для характерной особенности позднѣйшаго колоната, для прикрѣпленія арендатора къ землѣ, рѣзко противорѣчившаго обязательственному характеру римской аренды, юриспруденція, какъ выше было указано, никакой особой цивилистической формы не выработала. Между колонатомъ и наймомъ труда теоретически не было никакихъ точекъ соприкосновенія. Но практически онъ значительно съузилъ область найма, являясь его хозяйственнымъ сур-

---

[1]) Cod. Theod. V, 6, 3: ...nullique liceat velut donatos eos... urbanis obsequiis addicere. Такъ понимаетъ это мѣсто Fustel de Coulange, ук. соч. стр. 122. Возможно (намъ это кажется весьма вѣроятнымъ) что словомъ «urbana» тутъ опредѣлялись предѣлы, а не характеръ труда, что законъ вообще запрещалъ принудительное привлеченіе колоновъ къ работамъ въ villa urbana т. е. для усадьбы. Но и тогда отсюда можно заключить, что принудительныя работы фактически практиковались въ размѣрахъ, требовавшихъ вмѣшательства законодателя.

рогатомъ и въ то же время составляя посредствующее звено и переходную ступень къ дальнѣйшимъ фазисамъ въ развитіи этого договора. На закатѣ римской имперіи происходитъ коренное измѣненіе правовыхъ воззрѣній, касающихся характера и формъ пользованія трудомъ свободныхъ лицъ, приближающее ихъ къ міровоззрѣнію и духу среднихъ вѣковъ. Экономически безсильные элементы свободнаго сельскаго населенія ради сохраненія связи съ землею, ради матеріальнаго обезпеченія и защиты отъ безправія мирятся съ ограниченіемъ свободы передвиженія и съ все возраставшею личною зависимостью, принимавшею постепенно наслѣдственный характеръ. Между свободнымъ и несвободнымъ состояніемъ, столь ясно и опредѣленно разграниченными римскимъ правомъ, выростаетъ промежуточное состояніе крѣпостничества, занимавшее середину между арендным отношеніемъ и властью надъ чужою личностью. Въ хозяйственномъ быту и въ правосознаніи общества подготовляется переходъ къ идеѣ и формѣ господскаго союза, съ характернымъ для него смѣшеніемъ публичноправовыхъ и частноправовыхъ элементовъ и въ тоже время совершается переходъ отъ античныхъ формъ рабства къ разнообразнымъ формамъ и ступенямъ вещной и служебной зависимости, въ которыхъ уже кроются зародыши новой сословной и общественной группировки.

Исторія найма труда въ средніе вѣка можетъ быть раздѣлена на два періода. Только во второмъ періодѣ, начинающемся приблизительно съ середины XIII вѣка, онъ пріобрѣтаетъ характеръ опредѣленнаго договорнаго типа, составляющаго предметъ спеціальной законодательной нормировки и играющаго замѣтную роль въ правовой жизни. Упоминанія о свободныхъ лицахъ, поселившихся на чужой землѣ или поступившихъ въ чужой домъ въ качествѣ

слугъ или работниковъ, встрѣчаются очень рано. Повидимому это уже въ VII вѣкѣ—по крайней мѣрѣ у нѣкоторыхъ племенъ—не было особенно рѣдкимъ явленіемъ [1]). Мы попытаемся, насколько это возможно въ рамкахъ нашего краткаго историческаго очерка, выяснить, какъ удовлетворялась потребность въ чужомъ трудѣ въ этотъ болѣе ранній періодъ среднихъ вѣковъ и какой характеръ тогда имѣли отношенія между работодателемъ и работникомъ?

Въ эпоху передвиженія народовъ и въ первые вѣка ихъ осѣдлой жизни потребность въ чужомъ трудѣ была очень незначительна [2]). Хозяйственная дѣятельность отдѣльной семьи обыкновенно не выходила за предѣлы удовлетворенія собственныхъ нуждъ. Излишекъ для обмѣна въ этотъ періодъ производили только немногіе крупные землевладѣльцы, получавшіе въ видѣ чинша и барщины или отъ труда своихъ невольниковъ доходъ, превышавшій ихъ личныя потребности. Всѣ остальные,— если даже вѣрить разсказу Тацита [3]), что у древнихъ гер-

[1]) См. напр. англосаксонскіе leges Inae конца VII вѣка у Schmid, Gesetze der Angelsachsen (2 изд. 1858, стр. 23) § 2: Si liber operetur ipsa die (по воскреснымъ днямъ) sine jussu domini sui, perdat libertatem suam. Ср. тамъ-же § 50.—O liberi in obsequio alterius упоминаютъ Leges Wisig. V, 1, c. 4, Leges Ripuar. t. 31, c. 1 и др. Однако весьма вѣроятно, что до IX вѣка въ простые работники шли преимущественно вольноотпущенники и иноплеменные пришельцы (advenae). См. Beaune, Les contrats (1889) стр. 308 сл., Glasson, Histoire du droit et des institutions de la France VII стр. 632, Rothenbücher Gesch. des Werkvertrages nach dt. Recht (1906) стр. 5, Stieda, Entstehung des Zunftwesens, (1876) стр. 10 сл.

[2]) Inama-Sternegg, Deutsche Wirtschaftsgeschichte т. I (2 изд. 1909) стр. 69 сл. Къ слѣдующему ср. также Lamprecht, Deutsches Wirtschaftsleben im Mittelalter (1886 сл.); М. М. Ковалѣвскій, Экономъ. ростъ Европы до возникновенія капиталистическаго хозяйства, Москва, 1898 г.; Sée, Les classes rurales et le régime domanial en France au moyen âge, Paris, 1901.

[3]) Tacitus, Germania c. 15: Quotiens bella non ineunt, multum venatibus, plus per otium transigunt, debiti somno ciboque, fortissimus quisque ac bellicosissimus nihil agens delegata domus et penatium et agrorum cura feminis senibusque et infirmissimo cuique ex familia: ipsi hebent, mira di-

манцевъ мущины способные носить оружіе въ свободное отъ войнъ время сами не работали, а предавались бездѣлію, обходились трудомъ своихъ домашнихъ. Лишь болѣе знатные имѣли невольниковъ, литовъ и вольноотпущенниковъ, и то немногочисленныхъ. Послѣднія двѣ категоріи не только мало отличались одна отъ другой [1]), но, по свидѣтельству Тацита [2]), фактически занимали немногимъ высшее положеніе, чѣмъ невольники. Какъ послѣдніе, они находились въ полной зависимости отъ своего господина и обыкновенно были лишены свободы передвиженія. Однако юридически разница между тѣми и другими имѣла существенное значеніе. Невольники были совершенно безправны. Источники причисляютъ ихъ къ движимому имуществу, наравнѣ со скотомъ и неодушевленными предметами [3]). Власть господина надъ ними была формально неограничена. Они не могли безъ его согласія ни вступать въ бракъ, ни пріобрѣтать имущества, ни вообще заключать какихъ бы то ни было сдѣлокъ. За убійство, увѣчье или похищеніе раба винов-

---

versitate naturae, cum iidem homines sic ament inertiam et oderint quietem. Правильность этого сообщенія очень сомнительна. Есть много свидѣтельствъ того, что и свободные германцы занимались земледѣліемъ и не видѣли въ этомъ ничего позорнаго. Ср. Brunner, Deutsche Rechtsgesch. (2 изд. 1906) стр. 135; Waitz, Deutsche Verfassungsgeschichte I, (3-е изд. 1880) стр. 163 сл.

[1]) Waitz, I, стр. 156 сл., Inama Sternegg, I, 68.

[2]) Tacitus Germania c. 25: ...liberti non multum supra servos sunt, raro aliquod momentum in domo, nunquam in civitate, exeptis dumtaxat iis gentibus, quae regnantur. ibi enim et super ingenuos et super nobiles ascendunt (намекъ на высокое положеніе нѣкоторыхъ вольноотпущенниковъ въ Римѣ).

[3]) Lex Salica X, 1. (Ed. Behrend). Si quis servo aut caballo vel jumentum furaverit ...culpabilis judicetur. Ibid. XLVII: Si quis servum aut caballum vel bovem aut qualibet rem super alterum agnoverit, mittat eum in tertia manu. Ср. также Lex Fris. Add. 7: de rebus fugitivis, L. Alem. XC (...aut mancipia aut pecus aut aurum...) и Grimm Deutsche, Rechtsalterthümer, I, стр. 472 сл., Maurer, Gesch. der Fronhöfe, (1862) I, § 4, Amira въ Paul Grundriss der germ. Philologie, II, 2, стр. 121 сл., относит. Скандинавіи см. Kälund y Paul Grundriss, II, 2, стр. 225.

ный отвѣчалъ, какъ за поврежденіе вещи [1]). За вредъ, причиненный рабомъ третьему лицу, отвѣтственность несъ его господинъ, а въ случаѣ обвиненія раба въ какомъ нибудь преступленіи, не онъ допускался къ очистительной присягѣ, а его господинъ [2]). При такихъ условіяхъ вообще трудно говорить о какомъ нибудь правовомъ положеніи невольниковъ; ихъ состояніе точнѣе опредѣляется отрицательнымъ признакомъ: полнымъ ихъ безправіемъ [3]).

Однако ихъ фактическое положеніе было далеко не такъ безотрадно. По воззрѣніямъ среднихъ вѣковъ власть надъ людьми никогда не отождествлялась съ господствомъ надъ вещью: между ними всегда проводилась замѣтная грань. «Исторія, говоритъ Вайцъ [4]), свидѣтельствуетъ, что германцы по отношенію къ своимъ несвободнымъ слугамъ не проявляли ни произвола, ни жестокости, а жили съ ними такъ, что широкая пропасть, отдѣлявшая ихъ по началамъ права, въ жизни меньше замѣчалась». Тацитъ разсказываетъ, что дѣти невольниковъ росли и воспитывались вмѣстѣ съ барскими дѣтьми [5]) и что убійство и тѣлесное наказаніе раба, хотя и не наказывались, но случались рѣдко и скорѣе въ припадкѣ гнѣва, чѣмъ въ видѣ наказанія [6]). Несмотря на приправ-

---

[1]) L. Fris, I, c. 11: ...juxta quod summa pretii occisi mancipii fuerit aestimata.

[2]) Ср. Schröder, Deut. Rechtsgesch. (4 изд.) § 9; Maurer, I, стр. 9.

[3]) Inama-Sternegg, I, стр. 66: Die Unfreiheit ist vielmehr ein Zustand als ein Stand; es giebt kein Standesrecht der Unfreiheit; Waitz, I, стр. 150: nicht sowohl ein Stand, sondern mehr der Gegensatz der wahren Stände; Ср. Brunner, I, стр. 140 сл. и 150.

[4]) Указ. соч. II, 1 стр. 220, Ср. также Lamprecht, ук. соч. I, стр. 54, Grimm RA. стр, 418.

[5]) Germ. 20 ...dominum ac servum nullis educationis deliciis dignoscas: inter eadem pecora, in eadem humo degunt donec aetas separet ingenuos...

[6]) Germ. 25 ...verberare servum ac vinculis et opere coërcere rarum. occidere solent, non disciplina et severitate, sed impetu et ira, ut inimicum, nisi quod impune est.

неніе невольниковъ въ источникахъ къ скоту и прочему движимому имуществу, власть надъ ними въ средніе вѣка имѣла скорѣе семейный, чѣмъ вещный характеръ. Этимологически слова, коими обозначались несвободные слуги были тождественны или происходили отъ общаго корня съ обозначеніями членовъ семьи. А въ судебныхъ рѣшеніяхъ, въ Правдахъ отдѣльныхъ племенъ и въ другихъ дошедшихъ до насъ памятникахъ постоянно проводится взглядъ на господина, какъ на защитника своихъ слугъ и отвѣтственное за нихъ лицо [1]).

Самая неблагопріятная сторона въ положеніи невольниковъ была неопредѣленность лежавшихъ на нихъ обязанностей, ибо она давала господамъ возможность непомѣрно обременять ихъ работою [2]). Но и въ этомъ отношеніи жизнь постепенно создавала свои коррективы. Уже Тацитъ [3]) сообщаетъ намъ, что, наряду съ слугами, исполнявшими работы въ домѣ и хозяйствѣ господина, существовала другая категорія невольниковъ, жившихъ отдѣльнымъ хозяйствомъ и обрабатывавшихъ отведенный имъ участокъ подобно колонамъ, въ обмѣнъ на доставляемое ими опредѣленное количество продуктовъ или исполняемыя ими повинности. Эти servi casati или mansionarii (mansuarii) фактически были менѣе зависимы. Повидимому, за ними даже по отношенію къ пріобрѣтенному ими имуществу (conquestus) признавалось нѣкоторое подобіе права собственности, ибо въ актахъ нерѣдко упоминаются facultates mansuariae, peculium servile [4]) и т. под.

---

[1]) Inama-Sternegg, I, стр. 92, Lamprecht, I, 1, стр. 54.

[2]) См. выдержки изъ народныхъ пѣсень и древнихъ источниковъ, приведенныхъ у Grimm RA. I, стр. 484 сл.

[3]) Germ. 25: Ceteris servis non in nostrum morem, discriptis per familiam ministeriis, utuntur. Suam quisque sedem, suos penates regit. frumenti modum dominus, aut pecoris, aut vestis, ut colono, iniungit: et servus hactenus paret. cetera domus officia uxor ac liberi exsequuntur.

[4]) Maurer I, стр. 12, N. 73 и сл., Inama-Sternegg, I, стр. 88, N. 1.

Ихъ положеніе такимъ образомъ фактически было весьма похоже на положеніе полусвободныхъ литовъ [1]) и вольноотпущенниковъ [2]), надѣленныхъ землею и прикрѣпленныхъ къ ней. Послѣдніе въ сущности пользовались только однимъ дѣйствительно цѣннымъ преимуществомъ передъ невольниками: размѣръ и количество лежавшихъ на нихъ повинностей и работъ были точно опредѣлены. Все, что они сверхъ того вырабатывали, принадлежало имъ, такъ что они могли при благопріятныхъ условіяхъ достигнуть нѣкотораго благосостоянія. Однако и это преимущество фактически распространялось также на невольниковъ въ случаѣ надѣленія ихъ участкомъ земли и переходомъ въ разрядъ mansionarii.

Сравнительно благопріятному положенію невольниковъ въ средніе вѣка, на ряду съ другими причинами, способствовала легкость добровольнаго и недобровольнаго перехода свободныхъ лицъ въ несвободное состояніе. Драматическій разсказъ Тацита [3]) о томъ, какъ увле-

---

[1]) Вопросъ о происхожденіи литовъ (liti, leti, у лангобардовъ aldii) и подробности ихъ правового положенія очень спорны. Господствующее мнѣніе считаетъ ихъ потомками покоренныхъ племенъ, оставленныхъ побѣдителемъ на завоеванной землѣ. См. Brunner, стр. 147 сл., Waitz, I, стр. 157 сл., V, стр. 220 сл., Maurer, I, § 5—8.

[2]) Древнее герм. право различало два вида отпущенія на волю: полное и неполное. Первое совершалось при участіи публичной власти и давало либерту полную свободу. Второе дѣлало его крѣпостнымъ, т. е. лично свободнымъ, но неразрывно связаннымъ съ землею работникомъ. Послѣднихъ Тацитъ и имѣлъ въ виду, говоря, что liberti non multum supra servos sunt. См. Waitz, I, стр. 154, Brunner стр. 142, Maurer, I, стр. 43, Inama-Sternegg, I, стр. 68, М. М. Ковалевскій, ук. соч. I, стр. 125, 146, II, стр. 227; о позднѣйшей эпохѣ см. Sée стр. 260 и сл.

[3]) Germ. 24 ...aleam, quod mirere, sobrii inter seria exercent, tanta lucrandi perdendive temeritate, ut cum omnia defecerunt, extremo ac novissimo jactu de libertate ac de corpore contendant. victus voluntariam servitutem adit. quamvis iuvenior, quamvis robustior adligari se ac venire patitur. ea est in re prava pervicacia; ipsi fidem vocant. Servos condicionis hujus per commercia tradunt, ut se quoque pudore victoriae exolvant. О юридической природѣ этой сдѣлки ср. Gierke, Schuld und Haftung im ältern deut. Recht (Untersuch. H. 100) 1910 г. стр. 141 сл.

ченные азартною игрою германскіе юноши проигрывали свою свободу и тутъ же отдавались въ рабство, подтверждается тѣмъ безспорнымъ фактомъ, что германское право, въ противоположность позднѣйшему римскому, допускало не только продажу домовладыкою подвластныхъ ему свободныхъ лицъ, но и самопродажу. Послѣдняя вѣроятно, подобно римскому mancipium и нашему закупничеству, служила на первыхъ порахъ суррогатомъ личнаго найма. Впослѣдствіи, какъ мы увидимъ, добровольный переходъ свободныхъ лицъ въ крѣпостное и рабское состояніе принимаетъ болѣе широкіе размѣры и другія формы.

Невольники, литы и вольноотпущенники [1]) составляли главный контингентъ зависимыхъ рабочихъ въ несложномъ хозяйствѣ начала среднихъ вѣковъ. И они на первыхъ порахъ были такъ немногочисленны, что не могли оказать сколько нибудь замѣтнаго вліянія на соціальный и политическій строй [2]). Свободныя лица, обыкновенно участвовали только въ хозяйственномъ трудѣ собственной семьи. Служба и гражданская самостоятельность считались несовмѣстимыми. Только никому не подвластный признавался полноправнымъ членомъ общины (Volksgenosse) со всѣми вытекавшими отсюда правами и обязанностями [3]). Подвластныя же и зависимыя лица, хотя и сохраняли свое свободное состояніе, къ народу, какъ политическому союзу, не принадлежали. Ихъ правовая личность поглощалась болѣе тѣснымъ семейнымъ,—точнѣе господскимъ,—союзомъ, въ составъ котораго они входили.

---

[1]) Въ источникахъ упоминается еще о свободныхъ колонахъ, пришлыхъ людяхъ (advenae, adventicii) и кліентахъ (Schutzhörige) т. е., о нѣкоторыхъ категоріяхъ лицъ, добровольно отдававшихся подъ защиту короля, церкви или знатнаго лица цѣною нѣкоторыхъ ограниченій своей свободы. См. о нихъ Maurer I, § 12 и 13.

[2]) Inama-Sternegg, I, стр. 69, Waitz, I, стр. 163, Brunner, стр 134.

[3]) Waitz, I, стр. 103, Brunner, RG. стр. 133.

Носителемъ и представителемъ этого союза былъ его глава [1]). На противопоставленіи свободныхъ и зависимыхъ или подвластныхъ лицъ зиждется весь внутренній строй тогдашней жизни.

Дальнѣйшая исторія хозяйственнаго быта среднихъ вѣковъ представляетъ картину постепеннаго измѣненія этого положенія вещей. Рѣзкая грань между свободными и зависимыми элементами населенія стушевывается. Съ развитіемъ крупнаго землевладѣнія власть помѣщика распространяется на все населеніе принадлежащей ему земли и проникается публичноправовыми элементами. Превращеніе мелкихъ аллодіальныхъ собственниковъ въ зависимыхъ людей принимаетъ широкіе размѣры. Въ нѣдрахъ обоихъ классовъ—свободнаго и несвободнаго—происходитъ постепенное разслоеніе. Уравненіе экономическаго и соціальнаго положенія нѣкоторыхъ слоевъ несвободнаго и соотвѣтственныхъ группъ свободнаго населенія приводитъ къ ихъ сближенію и даже сліянію. Свободное состояніе перестаетъ быть не только единственнымъ, но даже главнымъ обстоятельствомъ, опредѣляющимъ политическій и соціальный вѣсъ въ глазахъ общины, а служебное и зависимое положеніе—признакомъ и причиною соціальнаго приниженія. Мы остановимся только на двухъ моментахъ этого длительнаго историческаго процесса, имѣющихъ непосредственное отношеніе къ исторіи найма свободнаго труда: на усиленномъ переходѣ свободныхъ въ зависимое положеніе и на дифференцированіи и улучшеніи правового положенія несвободныхъ и зависимыхъ лицъ.

Усиленіе королевской власти при меровингахъ значительно укрѣпило и возвысило положеніе вельможъ, окружавшихъ короля и исполнявшихъ, по его порученію, тѣ или иныя государственныя функціи [2]). Служба королю и

[1]) Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, (1868) I, стр. 89 сл.

[2]) Tacit. Germ. 25 и 44 упоминаетъ о «nobiles». Ср. Waitz, I, стр. 168 сл., Brunner, стр. 135.

знатнымъ вельможамъ постепенно становится источникомъ власти и богатства не только для благородныхъ слугъ, но также для литовъ, вольноотпущенниковъ и даже рабовъ. Съ другой стороны суровая система композицій, свойственная раннему средневѣковому праву личная отвѣтственность за долги, частые походы, тяжесть военныхъ и другихъ повинностей, чиновничій произволъ и неправосудіе, нашествія непріятеля и другія бѣдствія — ложились на мелкаго свободнаго землевладѣльца гораздо болѣе тяжкимъ бременемъ, чѣмъ на крупнаго [1]). Какъ только представлялась необходимость прибѣгать къ займамъ, надъ нимъ нависала угроза рабства. Раздѣлаться съ землею посредствомъ продажи въ условіяхъ натуральнаго хозяйства было очень трудно, да и безземельный, при отсутствіи торговли и промышленности, имѣлъ только выборъ: или поступить на службу, жертвуя своею независимостью, или-же предаться бродяжничеству. При такихъ условіяхъ очень многіе предпочитали отдаваться добровольно во власть господина, становиться подъ его защиту, обѣщавъ ему вѣрность и повиновеніе съ тѣмъ, чтобы получить отъ него въ обработку участокъ земли, въ качествѣ зависимаго отъ него лица (Hörіger), или нести ту или иную личную службу. Это избавляло ихъ отъ военной службы, отъ заботы о вооруженіи, отъ поставки коня и проч., ибо до Карла Великаго только свободныя лица, владѣвшія землею, обязаны были участвовать въ защитѣ родины; безземельные же, если и принимали участіе въ походахъ, то только въ качествѣ дружинниковъ.

Чѣмъ выше было положеніе господина, тѣмъ больше было основанія искать его защиты, и тѣмъ болѣе дѣйствительными средствами онъ располагалъ для привлеченія къ себѣ на службу свободныхъ лицъ. Въ этомъ от-

---

[1]) Inama-Sternegg, I, стр. 330 сл.

ношеніи въ особенно благопріятномъ положеніи находилась церковь. Она не только была богатѣйшимъ землевладѣльцемъ, но дѣйствовала также на религіозное чувство, проповѣдуя, что лица, отрекающіяся въ ея пользу отъ своего имѣнія и своей свободы, совершаютъ богоугодное дѣло [1]), отдаютъ себя подъ власть и защиту Святого, которому церковь посвящена. Сложилось даже представленіе, что не данная церковь или монастырь являются контрагентами жертвователя и субъектомъ пріобрѣтенныхъ правъ, а Святой [2]). Другіе сильные міра прибѣгали для той же цѣли къ инымъ доступнымъ имъ способамъ. Что они также не были особенно разборчивыми въ средствахъ, объ этомъ свидѣтельствуютъ многочисленныя капитуляріи Карла Великаго и его преемниковъ, направленныя противъ притѣсненія мелкихъ свободныхъ землевладѣльцевъ, съ цѣлью заставить ихъ превратиться въ зависимыхъ чиншевиковъ и несвободныхъ слугъ [3]).

Зависимость свободныхъ лицъ могла быть двоякою: вещною, т. е., въ силу связанности съ полученною ими

---

[1]) Въ одномъ изъ своихъ капитуляріевъ (Pertz, I, 167, c. 4. Карлъ Великій задаетъ духовенству ироническій вопросъ: что собственно эти жадныя до нажизы духовныя лица подразумѣваютъ подъ «отреченіемъ отъ міра» (ut nobis veraciter patefaciant, quid sit, quod apud eos dicitur «seculum relinquere»)?

[2]) См. Gierke ук. соч. II, стр. 527 сл., Heussler, Instit. I, стр. 314 сл., Waitz, II, стр. 241.

[3]) См. напр. Cap. 805 (Pertz, Monum. Germ. Leges, I, 134) c. 16: De oppressione pauperum liberorum hominum, ut non fiant a potentioribus per aliquod malum ingenium contra justitiam opressi, ita ut coacti res eorum vendant vel tradant. Др. прим. см. у Inama-Sternegg, стр. 335 сл. и 340 сл., Brunner стр. 229, N. 30 и сл., Waitz, IV, 336 и III, стр. 413. Поступленіе свободныхъ лицъ подъ власть богатыхъ и сильныхъ практиковалось уже много раньше. Объ этомъ свидѣтельствуетъ писатель V вѣка, гальскій священникъ Сальвіанъ въ своемъ трактатѣ De gubernatione, Dei V, 8, 43: Tradunt se ad tuendum protegendumque maioribus, deditios se divitium faciant et quasi in jus eorum deditionemque transcendunt. Ср. также законы и акты изъ эпохи меровинговъ, приведенные у Inama-Sternegg, I, на стр. 78, прим. 1, стр. 334 и слѣд. и у Waitz, II, 1, стр. 251.

изъ рукъ господина земли, или личною. Первоначально, какъ мы видѣли, та и другая сопровождалась лишеніемъ свободы, но уже очень рано лица, добровольно предавшіяся господину, могли сохранить свой status libertatis [1]). Старѣйшимъ видомъ личной службы у частныхъ лицъ, совмѣстимой съ свободнымъ состояніемъ, вѣроятно была дружина [2]). Такъ называлась не только военная рать, но вообще окружавшая господина домашняя челядь, на которой лежала личная его охрана. Уже названіе дружинниковъ [3]) показываетъ, что они разсматривались, какъ члены семьи, и власть надъ ними, какъ семейная власть. Они при поступленіи давали присягу на вѣрность [4]), жили въ домѣ господина и въ тѣсномъ общеніи съ нимъ, но также въ полной зависимости отъ него, такъ что даже могли подвергаться тѣлесному наказанію.

Мы уже говорили, что servi casati или mansionarii т. е. невольники, надѣленные на извѣстныхъ условіяхъ землею, постепенно стали пріобрѣтать нѣкоторую имущественную правоспособность, такъ что даже могли имѣть собственныхъ рабовъ [5]). Когда вошло въ обычай добровольное вступленіе мелкихъ свободныхъ землевладѣльцевъ

---

[1]) Когда именно произошла эта перемѣна во взглядахъ, точно установить нельзя. Ср. Waitz, II, 2, стр. 246.

[2]) Подробности о положеніи и значеніи дружины (Gefolgschaft) см. H. Brunner, Forschungen zur Geschichte des deut. и franz. Rechts. стр. 75 сл., Waitz, I, гл. X, стр. 371 сл., Gierke ук. соч. I, стр. 96 сл., Schröder RG. § 6.

[3]) Напр. degen (thegan), puer, gasindi, hiredman (hired=familia), huskar (Hauskerl) и тому под. Тацитъ Germ. 12, 14 называетъ ихъ comitatus, Ср. Gierke, I, стр. 93, Brunner, p. 188.

[4]) Это явствуетъ изъ словъ Тацита, Germ. 14: illum (господина) defendere, tueri, sua quoque fortia facta gloriae ejus assignare *praecipuum sacramentum* est. Другія доказат. см. Brunner RG. I, стр. 190.

[5]) Ср. Brunner RG. I, стр. 370 сл., Waitz, II, 1, стр. 223 сл. IV, стр. 334, Yanosky, De l'abolition de l'esclavage ancien au moyen age (Paris 1860).

въ вещную зависимость, они постепенно сливались съ ними въ одну общую категорію (Hörige) [1]), въ классъ зависимыхъ крестьянъ.

Въ тоже время среди несвободныхъ слугъ, не надѣленныхъ землею, также нѣкоторыя группы стали выдѣляться по своему соціальному положенію. Вполнѣ понятно, что высшіе личные слуги, пользовавшіеся довѣріемъ своего господина, призванные исполнять важнѣйшія функціи въ хозяйствѣ, руководить имъ и повелѣвать остальными слугами, занимали и въ глазахъ общества болѣе высокое положеніе. Особенно ясно можно прослѣдить постепенное возвышеніе министеріаловъ [2]). Когда древній обычай, запретившій вооруженіе невольниковъ, пересталъ соблюдаться и необходимость заставляла сеніоровъ ввѣрять свою защиту несвободнымъ слугамъ, разница между ними и свободными дружинниками также сгладилась [3]). Наконецъ и низшіе хозяйственные слуги, въ соціальномъ отношеніи не составляли единой группы и не считались равноцѣнными.

Дольше другихъ сохранили слѣды личнаго рабства простые необученные работники, на которыхъ лежала черная работа въ сельскомъ хозяйствѣ и въ домѣ (mancipia domestica). О нихъ источники говорятъ, что они несутъ «ежедневную службу» (servitium cotidianum, diurnum,

---

[1]) Объ этомъ юридически и этимологически неясномъ понятіи, коимъ обозначались также лично зависимые слуги, см. Grimm RA. I. стр. 430 сл. Онъ опредѣляетъ его, какъ «Verhältnis der losern sich dem Stand der Freiheit nähernden Knechtschaft». Ср. Heussler Instit. I, § 30 (стр. 135) ...«Die Hörigkeit des Mittelalters im Sinne der Unterwürfigkeit unter Hofrecht und Hofherrschaft ist nichts anderes, als die Entwicklung der alten Muntmannschaft. Этимологически нѣкоторые производятъ слово Hörige отъ «hören» (аналогія clientes отъ cluere, κλύειν), другіе отъ gehören.

[2]) Подробнѣе о нихъ см. Fürth, Die Ministerialen. (Cöln 1836), Maurer I, стр. 178 сл.

[3]) Ср. Roth, Gesch. d. Benefizialwesens. (1850). стр. 154 сл.

иногда proprium). Ихъ положеніе характеризуется, какъ cotidiania servitus или obsequium cotidianum, а обычное названіе для нихъ «поденные слуги» (dageschalken, dagewerchten [1]) и т. под.). Этимъ выражается, (какъ въ римскомъ diurnum officium), что ихъ трудъ измѣрялся только количественно, что ихъ рабочій день принадлежалъ всецѣло господину. Обыкновенно такіе слуги не жили отдѣльнымъ домомъ и не вели отдѣльнаго хозяйства. Неограниченность лежавшихъ на нихъ обязанностей, постоянный изнурительный трудъ и отсутствіе надежды на улучшеніе экономическаго и соціальнаго положенія не остались безъ вліянія на ихъ духовный и моральный уровень. Жалобы на ихъ разнузданность не прекращались и капитуляціи неоднократно увѣщеваютъ господъ держать ихъ построже и почаще ихъ наказывать [2]). Не смотря однако на столь неблагопріятныя условія, и ихъ положеніе постепенно улучшается, ихъ правовая личность начинаетъ признаваться и пользоваться защитою закона [3]).

Гораздо больше дорожили обученными работниками, особенно лицами, знавшими какое нибудь нужное въ хозяйствѣ ремесло. Это были servi meliores. Въ цѣляхъ поощренія и чтобы удержать ихъ отъ бѣгства, нерѣдко надѣляли ихъ землею или переводили въ разрядъ слугъ, исполнявшихъ количественно и качественно опредѣленныя работы, такъ что остатокъ своего труда они могли обращать въ свою пользу. Въ источникахъ упоминается о ремесленникахъ, отправлявшихъ съ разрѣшенія госпо-

---

[1]) Inama-Sternegg, I, стр. 361, Waitz, V, стр. 210 сл., Heussler I, стр. 181.

[2]) Inama-Sternegg, I, стр. 363 сл. О тѣлесномъ наказаніи свободныхъ низшихъ услугъ см. Brunner RG. II, стр. 605 сл.

[3]) Amira y Paul Grundriss, стр. 121 сл.

дина самостоятельный промыселъ [1]). Среди нихъ были также свободныя лица [2]).

Соціальное разслоеніе несвободныхъ слугъ и сближеніе нѣкоторыхъ изъ нихъ съ соотвѣтственными группами свободныхъ лицъ замѣтно отразились на ихъ правовомъ положеніи. Характеръ власти господина и степень зависимости подвластнаго стали опредѣляться уже не столько принадлежностью послѣдняго къ классу свободныхъ или несвободныхъ лицъ, сколько исполняемыми имъ функціями и занимаемымъ имъ служебнымъ положеніемъ. Лампрехтъ (стр. 1167) различаетъ «три фермента развѣтвленій понятія о службѣ: домъ, территоріальное владѣніе крупнаго землевладѣльца и военное предводительство». Въ каждой изъ этихъ сферъ мы, на ряду съ несвободными встрѣчаемъ также свободныхъ лицъ, добровольно подчинившихся господской власти. Значеніе и соціальное положеніе отдѣльной личности ни въ одной изъ нихъ не опредѣляется, какъ прежде, ея свободнымъ состояніемъ въ смыслѣ неимѣнія надъ собою господина. Слова, сказанныя Тацитомъ о дружинѣ: «nec rubor inter comites adspici», въ концѣ эпохи меровинговъ можно было примѣнить ко всѣмъ свободнымъ лицамъ, поступившимъ въ услуженіе.

Посмотримъ теперь, въ какія правовыя формы облекалось въ первый періодъ среднихъ вѣковъ поступленіе на службу и какова была юридическая природа вытекавшихъ изъ него отношеній? Источники еще не разли-

---

[1]) Lex Alam LXXIV, 5: Faber aurifex aut spatiarius, qui publice probati sunt. Такъ понимаютъ слова «publice probati» Waitz, II, 1, стр. 272 N. 1 и Inama-Sternegg (въ 1-мъ изд.) I, стр. 143. Ср. также Maurer I, стр 202.— Koehne въ Viertelj. f. sociale und Wirtschaftsgesch. IV, стр. 186 оспариваетъ возможность такого вывода изъ словъ publice probati. Ср. Rothenbücher, ук. соч. стр. 5 сл.

[2]) См. Inama-Sternegg (2 изд.) I, стр. 184, Maurer, I, стр. 181, 253, Waitz, II, 1, стр. 271, N. 4).

чаютъ особаго класса хозяйственныхъ слугъ и не указываютъ особаго договора для найма ихъ труда, но они не даютъ также достаточныхъ основаній утверждать, какъ это дѣлаетъ Ротъ [1]), что до IX столѣтія случаи поступленія свободнорожденныхъ членовъ общины въ личнозависимыя отношенія къ частному лицу съ сохраненіемъ свободы не встрѣчались вовсе. Предположеніе, что всѣ liberi in obsequio, о которыхъ говорится въ народныхъ Правдахъ (Rechtsbücher) и другихъ источникахъ, были вольноотпущениками или чужеземцами (advenae, hospites), ни на чемъ не основано [2]). Однако, очень вѣроятно, что поступленіе свободныхъ лицъ на низшія хозяйственныя должности безъ лишенія свободы въ ту эпоху составляло не особенно частое явленіе. Лица, не владѣвшія землею, были недостаточно сильны, что-бы сохранить свободу и едва-ли дорожили ею больше, чѣмъ матеріальною обезпеченностью и покровительствомъ вліятельнаго господина.

Въ одномъ изъ дошедшихъ до насъ частныхъ сборниковъ формуляровъ для совершенія наиболѣе употребительныхъ актовъ и сдѣлокъ (Formulae Turonenses или, какъ ихъ раньше называли, Sirmondicae), составленномъ, по мнѣнію однихъ [3]) въ концѣ VI, по мнѣнію другихъ [4]) въ серединѣ VIII вѣка, мы находимъ между прочимъ образецъ договора о поступленіи свободнаго человѣка въ услуженіе [5]).

---

[1]) Benefizialwesen, стр. 151 и сл.

[2]) См. выше стр. 225 прим. 1, а также Stieda Entstehung des deutschen Zunftwesens, (1876) стр. 10 сл.

[3]) Ehrenberg. Commendation und Huldigung nach fränkischem Recht (1877) стр. 136 сл. Къ его мнѣнію присоединяется Sohm въ Jenaer Litteraturzeitung за 1879 г. № 22.

[4]) См. Brunner RG, I, стр. 581, Amira y Paul Grund. стр. 56.

[5]) Rozière, Recueil général des formules. (Paris 1856) Form. N⁰. 43. Qui se in alterius potestate commendat. Domino magnifico illo ego enim ille. Dum et omnibus habetur percognitum, qualiter ego minime habeo unde me pascere vel vestire debeam, ideo petii pietati vestre et mihi decrevit voluntas ut me in vestrum mundoburdum tradere vel commendare deberem, quod ita

Уже самый фактъ его включенія въ сборникъ, предназначенный для практической жизни, доказываетъ, что подобныя сдѣлки фактически совершались: иначе не было бы надобности въ формулярѣ. Въ данномъ случаѣ рѣчь идетъ о пожизненной службѣ ingenuili ordine. но она также могла быть срочною. Это косвенно подтверждается словами «tempore vitae meae potestatem non habeam distrahendi», которыя были бы лишними, если бы подобный договоръ всегда устанавливалъ пожизненную службу.

Изъ содержанія формулы видно, что ordo ingenuilis признавался совмѣстимымъ съ servitium et obsequium, вытекавшимъ изъ «se in mundoburdum tradere vel commendare». Въ томъ же сборникѣ мы находимъ рядъ формуляровъ [1]) для поступленія in servitium, сопряженнаго съ лишеніемъ свободы, а именно путемъ самопродажи или въ видѣ наказанія или вслѣдствіе несостоятельности. Тутъ уже не говорится о mundoburdum, а власть господина опредѣляется, какъ libera et firmissima potestas и въ тому подобныхъ выраженіяхъ [2]).

---

et feci: eo videlicet modo ut me tam de victu quam et de vestimento, juxta quod vobis servire et promereri potuero, adjuvare vel consolare debeas, et dum ego in capud advixero, ingenuili ordine tibi servicium et obsequium impendere debeam, et de vestra potestate vel mundoburdo tempore vitae meae potestatem non habeam subtrahendi, nisi sub vestra potestate vel defensione diebus vitae meae debeam permanere. Unde convenit ut, si unus ex nobis de his convenentiis se emutare voluerit, solidos tantos pari suo conponat, ei ipsa convenentia firma permaneat. Unde convenit ut duas epistolas uno tenore conscriptas ex hoc inter se facere vel adfirmare deberent, quot ita et fecerunt.

[1]) Ср. Rozière Recueil NN. 44—45.

[2]) Ср. напр. формуляръ N. 44: Venditio de semetipso qualiter homo liber venum detur. Placuit mihi, ut statum ingenuitatis meae in vestrum deberem obnoxiae servitium... ab hodierna die, quicquid de me, servo tuo, sicut et de reliqua libcram et firmissimam habeas potestatem (тоже повторяется въ форм. 45, 46 и 47 и, примѣнительно къ поступленію въ рабство въ видѣ наказанія) въ форм. 48, 49, 52.

Mundium (Munt, mundeburdum [1]) называлась власть надъ личностью въ противоположность къ господству надъ вещами, къ которымъ принадлежали также рабы. Она фактически имѣла различный характеръ и неодинаковое содержаніе въ зависимости отъ соціальнаго положенія подвластнаго лица и отъ того, въ какой бытовой сферѣ—частно-или публичноправовой, семейной, хозяйственной и т. д.—проявлялась господская власть. Нѣкоторые ученые на этомъ основаніи отрицаютъ, что mundium имѣло характеръ единаго юридическаго института. «Оно, говоритъ Риве [2]), ничто иное какъ общее названіе для попеченія и представительства вообще... безъ опредѣленнаго содержанія». Этотъ взглядъ не раздѣляется новѣйшими изслѣдователями, но и они въ свою очередь расходятся между собою при опредѣленіи признаковъ и сущности этого института.

Мы не имѣемъ надобности ближе касаться этихъ разногласій. Означало ли mundium главнѣйшимъ образомъ обязанность къ защитѣ подвластнаго и къ попеченію о немъ [3]) или же это было господство надъ опредѣленною сферою, соединенное съ правомъ быть ея представителемъ во внѣ [4]), или же то и другое вмѣстѣ [5])—оно во всякомъ случаѣ обнимало право на послушаніе и служеніе (obsequium et ser-

[1]) Относительно понятія и природы mundium см. Heussler, Instit. I, § 23 сл., Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht (3 изд.) т. IV, § 267 и указанную тамъ литературу, а также Gierke, Deutsch. Privatr. I, § 80a и Brunner RG. I, стр. 92.

[2]) Rive, Die Vormundschaft im Rechte der Germanen. I, стр. XXII, Ср. также Ehrenberg, ук. соч. стр. 67, N. 75 Es giebt kein «das Mundium» als juristisches Institut, sowenig, wie ein «der Schutz» als solcher existirt.

[3]) Waitz, Vasallität стр. 22 («Aufnahme in den Schutz), Kraut, Die Vormundschaft стр. 10 сл.

[4]) Heussler, Instit. I, § 23.

[5]) Такъ Seeliger: Die soziale und politische Bedeutung der Grundherrschaft im früheren Mittealter въ Abh. d. kgl. sächs. Gesell. d. Wissensch. т. XXII за 1904 г. стр. 64 сл.

vitium) и слѣдовательно право располагать въ большей или меньшей степени чужою личностью. Имъ, по выраженію Гирке, создавалось «общеніе въ силу господской власти» (Gemeinschaft kraft herrschaftlicher Gewalt) [1]). Во внутреннихъ отношеніяхъ оно проявлялось въ взаимной связанности господина и подвластныхъ. Во внѣ частичное поглощеніе личности подвластнаго тою правовою сферою, носителемъ которой былъ господинъ, выражалось въ признаніи его въ области публичнаго и отчасти также гражданскаго права законнымъ представителемъ и попечителемъ подвластныхъ его мундіуму лицъ [2]). Степень поглощенія при этомъ была неодинакова и зависѣла отъ основанія и цѣли подчиненія.

Въ чемъ и въ какой мѣрѣ должны были проявляться obsequium и servitium, это или вытекало въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ изъ содержанія и цѣли сдѣлки или опредѣлялось обычаемъ. Лица, предававшіяся вмѣстѣ съ землею обыкновенно принимали на себя точно опредѣленныя повинности. Поступавшія въ личное услуженіе, наоборотъ, обязывались вообще къ послушанію, т. е. къ исполненію всѣхъ требованій господина, не идущихъ въ разрѣзъ съ существовавшими на этотъ счетъ правовоззрѣніями или нормами. Въ самую раннюю эпоху при этомъ не проводилась разница между хозяйственнымъ и другимъ трудомъ и не было строгаго раздѣленія на высшія и низшія функціи. Свободные слуги исполняли тѣ-же работы, какъ и несвободные. Это доказывается уже тѣмъ, что впослѣдствіи къ высшимъ категоріямъ свободныхъ слугъ примѣнялись тѣже названія, какими раньше обозначались несвободные, испол-

[1]) Dtsch. Privatr. I, стр. 697.

[2]) Это отрицаетъ Heussler, ук. соч. I, стр. 129 сл., II, 493 сл. По его мнѣнію Muntwalt не былъ представителемъ подвластныхъ лицъ, а только носителемъ власти. Но и Гейслеръ признаетъ, что домовладыка выступалъ во внѣ, какъ «представитель дома».

нявшіе въ домѣ и хозяйствѣ служебныя обязанности, какъ schalk [1]), vassi [2]), ministeriales [3]) и др.

Однимъ изъ основаній возникновенія мундіума было соглашеніе сторонъ. Но имъ непосредственно устанавливалось только отношеніе власти и подчиненія, изъ котораго затѣмъ уже возникали взаимныя права и обязанности сторонъ и вытекала, по выраженію Гирке [4]) «отвѣтственность въ силу подчиненія власти (Haftung kraft Gewaltunterworfenheit)». Своеобразное расчлененіе средневѣкового понятія объ обязательствѣ на элементы долга (Schuld) и отвѣтственности (Haftung) [5]) привело къ тому, что на лицахъ, надѣленныхъ властью могли лежать извѣстныя обязанности, къ исполненію которыхъ ихъ нельзя было принудить, но которыя тѣмъ не менѣе имѣли юридическій характеръ [6]). Обязанности, лежавшія на носителѣ мундіальной власти также первоначально не обладали свойствомъ вынуждаемости. Лишь постепенно, по мѣрѣ усиленія государственной власти, укрѣпляется мысль объ отвѣтственности за ихъ нарушеніе.

Въ какія формы облекалось такое соглашеніе въ ранній періодъ среднихъ вѣковъ, съ достовѣрностью сказать невозможно. Во всякомъ случаѣ консенсуальный договоръ

---

[1]) Grimm Rechtsalt. (4 изд.) I, стр. 420: «Названія Mundschalk, marschalk и др. впослѣдствіи присваивались высшимъ придворнымъ должностямъ».

[2]) Ср. Roth, Beneficialwesen, стр. 367 и сл., Heussler, I, стр. 121, N. 2; Brunner RG. I, стр. 372, Waitz, II, 1, стр. 222, 3.

[3]) Fürth, ук. соч. стр. 2 и слѣд.

[4]) Gierke въ Untersuchungen Heft 100, стр. 12.

[5]) Это недавно еще очень спорное ученіе можно въ настоящее время считать общепризнаннымъ. См. въ особенности Amira, Nordgerm. Obligationenrecht, I (1882) стр. 22 сл., II, (1895) стр. 45 сл., Puntschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis des sächsischen Rechts im Mittelalter (1896), Gierke, ук. соч. и привед. тамъ литературу вопроса.

[6]) Это сказывалось напр. въ томъ, что по воззрѣніямъ среднихъ вѣковъ неисполненіе господиномъ своихъ обязанностей освобождало слугъ отъ обязанности ему покоряться, давало имъ «право на непослушаніе». Ср. Gierke, ук. соч. стр. 13 прим. 4.

найма труда въ современномъ смыслѣ этой эпохѣ еще чуждъ. Весьма возможно, что и тутъ также, какъ въ Римѣ и въ древнемъ русскомъ правѣ, въ началѣ прибѣгали къ суррогатамъ, а именно условной или срочной продажѣ подвластныхъ членовъ семьи, самопродажѣ, реальной или фиктивной отработкѣ долга, погашеніе котораго возвращало должнику—наймиту полную свободу, и т. п. [1]). Позднѣе, повидимому, поступленіе въ услуженіе свободныхъ лицъ облекалось въ форму коммендаціи, хотя утверждать, что она была обычною формою, съ достовѣрностью нельзя. Коммендаціею назывался торжественный актъ, состоявшій въ томъ, что лицо, поступавшееся своею независимостью, вкладывало свои руки въ руки господина, который при этомъ, въ видѣ возмездія, передавалъ ему въ свою очередь какую нибудь реальную или символическую цѣнность (Gabe) [2]). Въ формѣ коммендаціи устанавливались вассальныя, бенефиціальныя и вообще всякія отношенія, при которыхъ зависимость не сопровождалась переходомъ въ разрядъ несвободныхъ лицъ. Есть основаніе думать, что она примѣнялась также при поступленіи бѣдняковъ (pauperes, minores) въ услуженіе къ частнымъ лицамъ [3]). На это указываетъ приведенный выше формуляръ (стр. 238 прим. 5), содержащій образецъ акта о коммендаціи на пожизненную службу къ частному лицу съ сохраненіемъ свободнаго состоянія. Отъ коммендаціи вассаловъ, зависимость которыхъ впослѣдствіи приняла публичноправовой

[1]) Ср. Rintelen, Schuldhaft und Einlager (1998), Gierke, ук. соч. стр. 66 сл.

[2]) По вопросу о характерѣ и о необходимости возмездія (Gabe), мнѣнія расходятся. См. Ehrenberg, ук. соч. стр. 49 сл., Sohm въ Jenaer Litteraturzeitung 1879, стр. 298, Brunner RG. I, стр. 190, Waitz, IV, стр. 248. Отсутствіе въ Form. Tur. 43 указанія на возмездіе дастъ основаніе думать, что при коммендаціи на частную службу оно не было обязательнымъ; ср. также Brunner RG. II, стр. 272 сл., Gierke, ук. соч. стр. 133.

[3]) Ср. Zöpfl. Deutsche Rechtsgeschichte т. II, стр. 58, Waitz VG. IV, стр. 246 сл., Gierke, ук. соч. стр. 133.

характеръ, она, повидимому, отличалась только тѣмъ, что вассалы еще приносили присягу на вѣрность (Huldigung, fidelitatis promissio), которая отъ слуги не требовалась [1]).

Коммендація по своей юридической природѣ была договоромъ, коимъ одна сторона поступалась въ извѣстныхъ предѣлахъ своимъ правомъ свободно располагать собою, за что обыкновенно тутъ же получала фактическое или символическое возмездіе, а другая принимала на себя власть надъ подчинившимся и становилась его защитникомъ. Изъ состоянія зависимости сама собою уже вытекала обязанность къ послушанію и вѣрности. Поэтому въ формулярѣ о такой обязанности особо не говорится; имъ устанавливается только фактъ подчиненія: ut me in vestrum mundoburdum tradere vel commendare deberem. Съ другой стороны изъ принятія другого лица на службу для господина также сама собою возникала обязанность содержать его т. е. снабжать всѣмъ необходимымъ для жизни, дабы тѣмъ самымъ дать ему возможность посвятить ему свой трудъ (eo videlicet modo, ut me tam de victu, quam et de vestimento, *juxta quod cobis servire et promereri potuero,* adjuvare vel consolare debeas).

Эренбергъ, авторъ наиболѣе обстоятельнаго изслѣдованія о коммендаціи, опредѣляетъ ее какъ реальный взаимный договоръ, устанавливающій обязательственныя отношенія съ абсолютнымъ характеромъ, т. е. защищаемыя противъ всякаго третьяго лица (стр. 49). Передача «рукъ» по мнѣнію Эренберга, выражало символически предоста-

---

[1]) Waitz, IV, стр. 247, Ehrenberg, стр. 132 сл., Dumoulin, Coutume de Paris art. 3 gl. 3 N. 15: ...«nec congruit praestatione homagii inferioribus dominis, quoniam soli supremo principi debetur fidelitas. Ср. Amira y Paul Grundriss, стр. 149.

вленіе рабочей силы, а «возмездіе» (Gabe) со стороны господина покупную цѣну за «руки». Первая *по существу* означала обѣщаніе услугъ въ неопредѣленномъ количествѣ (ungemessene Dienste), принятіе рукъ—обѣщаніе защиты, а символическая Gabe—обѣщаніе вознагражденія. Между сторонами такимъ образомъ въ силу соглашенія завязывались обязательственныя отношенія. Никакой власти надъ личностью договоръ не создавалъ и создавать не могъ, ибо посредствомъ traditio устанавливались только вещныя права (собственность, узуфруктъ) и потому предметомъ ея не могъ быть свободный человѣкъ. При коммендаціи же каждая сторона пріобрѣтала извѣстныя требованія, неисполненіе которыхъ могло служить поводомъ для судебнаго иска. О традиціи собственной личности, говоритъ Эренбергъ, уже потому не можетъ быть рѣчи, что традентъ, утратившій власть надъ своею личностью, уже не могъ бы быть субъектомъ какихъ-либо правъ по отношенію къ своему господину. Между тѣмъ изъ коммендаціи, какъ взаимнаго договора, вытекали и для поступившаго въ услуженіе не только обязанности, но также права.

Взглядъ Эренберга на природу коммендаціи едва ли можетъ быть признанъ правильнымъ. Съ внѣшней стороны она представляла собою обрядъ передачи, облеченный въ торжественную форму. Что предметомъ договора была именно личность поступающаго подъ чужую власть, доказывается уже выраженіями *se* tradere, *se* commendare. Утвержденіе, что «руки» являлись символомъ рабочей силы, и что вообще послѣдняя по воззрѣніямъ той эпохи разсматривалась, какъ самостоятельный объектъ сдѣлки, отдѣльный отъ личности работника, голословно. Рука—символъ власти. Вложеніе своихъ рукъ въ руки другого лица символически выражало отказъ отъ самостоятельности, отъ самоопредѣленія и признаніе

надъ собою чужой власти [1]). Эренбергъ приписываетъ средневѣковому праву римское представленіе объ orgae, также какъ его разсужденія о томъ, что traditio, какъ актъ, устанавливавшій вещное обладаніе, не могъ примѣняться къ свободному человѣку, навѣяно романистическимъ ученіемъ. По средневѣковымъ воззрѣніямъ не только господство надъ вещью (Gewere), но и господство надъ свободнымъ человѣкомъ (mundium) устанавливались посредствомъ передачи. Въ послѣднемъ случаѣ она только не считалась способомъ пріобрѣтенія права собственности или другого вещнаго права, а именно власти надъ свободною личностью (mundium, potestas, patrocinium), принятіе которой въ свою очередь порождало извѣстныя обязательства для принимавшаго. Врядъ-ли также, вмѣстѣ съ Эренбергомъ въ коммендаціи можно видѣть обязательственный договоръ въ современномъ смыслѣ. Порождаемыя ею отношенія имѣли скорѣе семейноправовой характеръ, т. е. были сходны съ властью, принадлежавшей домовладыкѣ надъ членами семьи. Съ договорнымъ обязательствомъ у насъ соединяется представленіе объ опредѣленномъ кругѣ обѣщанныхъ дѣйствій, исчерпывающемъ предметъ требованія. Отношеніе между господиномъ и слугою построено, наоборотъ, на представленіи о власти надъ чужою личностью, конкретное содержаніе которой не предуказано договоромъ или обычаями. Она только не должна выходить изъ предѣловъ, установленныхъ нормами права или соглашеніемъ сторонъ и сопряжена съ извѣстными обязанностями для носителя власти.

---

[1]) Ср. Grimm. RA. I, стр. 190: «Hand, symbolich betrachtet, gleicht dem Stab in der Bedeutung von Gewalt... in der älteren Sprache drückt daher munt sowohl manus, als auctoritas, potestas aus.». Gierke, ук. соч., стр. 133: «Der Treudiener giebt durch Darreichung seiner gefalteten Hände die Ergebung in die Gewalt (Munt, Schutzgewalt) des Herrn, der Herr durch Empfangnahme der dargereichten Hände... die Uebernahme der Schutzgewalt kund». Ср. Waitz, IV, стр. 245, Amira Nordgerm. Obligationenrecht I, стр. 290 сл., Stobbe-Lehmann III, § 210, N. 11.

Возможно однако, что уже въ ту эпоху, на ряду съ представленіемъ объ обязанностяхъ господина, какъ о коррелатѣ и предѣлѣ предоставленной ему власти, въ обществѣ начинаетъ смутно пробиваться другое воззрѣніе, оказавшее, какъ мы сейчасъ увидимъ, впослѣдствіи существенноо вліяніе на положительное право,—воззрѣніе, что изъ договора и для господина непосредственно вытекаетъ нѣкоторая отвѣтственность. Косвеннымъ указаніемъ на это могутъ служить упоминанія въ формулярѣ о выдачѣ другъ другу письменныхъ актовъ одинаковаго содержанія и о взаимной неустойкѣ. Не слѣдуетъ однако, какъ это дѣлаетъ Эренбергъ, преувеличивать ихъ значеніе для даннаго періода.

Письменные акты имѣли въ то время двоякое значеніе [1]). Иногда передача документа, содержавшаго изложеніе сдѣлки (traditio cartae), была формою заключенія договора (Geschäftsurkunde), иногда же письменный актъ имѣлъ назначеніе служить доказательствомъ состоявшейся сдѣлки (schlichte Beweisurkunde). Въ данномъ случаѣ мы имѣемъ дѣло съ документомъ второй категоріи, т. е. съ обыкновеннымъ доказательствомъ. Это явствуетъ изъ того, что его составленіе слѣдуетъ за уже совершенною коммендаціею (...tradere vel commendere deberem, *quod ita et feci*). При коммендаціи обѣ стороны имѣли особенное основаніе дорожить такимъ письменнымъ доказательствомъ: господинъ для защиты своихъ правъ противъ притязаній третьихъ лицъ, а поступающій въ зависимое отношеніе—въ обезпеченіе себя отъ полнаго порабощенія.

Относительно неустойки на случай отступленія отъ договора Heussler высказываетъ вполнѣ основательное сомнѣніе, чтобы господа въ то время часто соглашались на подобныя стѣснительныя условія, дававшія слугѣ поводъ

[1]) См. Schröder Deut. RG. § 33.

и возможность искать съ нихъ въ общенародномъ судѣ (Volksgericht). Въ контекстѣ формулы, не содержавшей никакихъ прямыхъ обѣщаній со стороны господина, подъ словами «se emutare de convenentiis» нельзя понимать нарушенія имъ отдѣльныхъ обязательствъ, а только разрывъ всего отношенія. Но тѣмъ не менѣе самое помѣщеніе такого условія въ формулярѣ сдѣлки весьма показательно.

По мѣрѣ развитія хозяйственной жизни и исчезновенія невольничества, растетъ значеніе труда свободныхъ лицъ. Сообразно съ этимъ должны были упроститься правовыя формы, въ которыя облекалось пользованіе имъ, и усилиться стремленіе слугъ придавать договору характеръ взаимнообязательственнаго отношенія. Этотъ процессъ совершается въ періодѣ между IX и XIII столѣтіями, но прослѣдить его нѣтъ возможности. Судить о немъ приходится—по крайней мѣрѣ относительно континентальнаго права [1])—почти исключительно по источникамъ XIII и слѣдующихъ вѣковъ. Эпоха между IX и XIII вѣками очень бѣдна нормами писаннаго права [2]). Въ это время происходитъ характерное для среднихъ вѣковъ дробленіе правовой жизни на отдѣльные круги и создаются соотвѣтствующіе имъ обособленные комплексы правовыхъ нормъ [3]). Однимъ изъ такихъ круговъ и былъ «господскій дворъ», сфера патримоніальной власти землевладѣльца, и однимъ изъ этихъ ком-

---

[1]) Относительно Англіи см. Glasson Histoire du droit et des Institutions de l'Angleterre, (1882) I, стр. 97 сл., 168, относит. остальныхъ сѣверныхъ государствъ Amira, Nordgerm. Obigationenrecht.

[2]) Ср. Schröder RG. 5 изд. стр. 664. «Von 10—12 Jahrhundert ruht die Gesetzgebung fast ganz; die Zeit war nicht dazu angethan und die Neubildung aller rechtlichen Beziehungen zu sehr im Fluss... Es war die Zeit der Alleinherrschaft des Gewohnheitsrechts, dessen eigentlicher Träger bis zum 13 Jahrhundert die Stämme blieben». См. также Waitz, ук. соч. V, стр. 159 сл., Brunner, Quellen und Geschichte des deutschen Rechts въ Kohler-Holtzendorff, Encyklopädie der Rechtswissenschaft (6 Aufl.) стр. 211, Amira у Paul Grundriss, стр. 61.

[3]) Ср. Heussler Inst. I, стр. 23 сл., Amira y Paul Grundriss стр. 60 сл.

плексовъ—дворовое право (Hofrecht). Оно рѣзко отдѣляется отъ леннаго и служилаго права (Lehns und Dienstrecht), регулировавшаго публичноправовыя феодальныя отношенія. Предметъ двороваго права составляли взаимныя отношенія соподчиненныхъ обывателей двора и ихъ права и обязанности по отношенію къ господину.

Хотя въ этой области личному усмотрѣнію и было отведено главное мѣсто, но оно не было безпредѣльнымъ и осуществлялось въ формахъ и границахъ, установленныхъ обычнымъ правомъ. Хранителемъ нормъ обычнаго права и фактическимъ противовѣсомъ односторонней господской власти служили та образовавшаяся силою вещей сплоченная организація, тотъ естественный коллективъ, какіе представляли собою всѣ подчиненные элементы двора [1]).

Начиная съ XIII вѣка опять въ значительномъ количествѣ начинаютъ появляться писанные источники права оффиціальнаго и неоффиціальнаго происхожденія. Они большею частью издаются для ограниченной сферы или для опредѣленнаго мѣста, но нѣкоторые изъ нихъ фактически примѣняются также въ другихъ мѣстахъ или съ незначительными измѣненіями повторяются въ другихъ сборникахъ. По своему содержанію они главнымъ образомъ воспроизводятъ сложившіеся въ народной жизни и въ судебной практикѣ правовые обычаи. Въ противоположность источникамъ перваго періода они удѣляютъ

---

[1]) О «дворовомъ союзѣ» (Hofgenossenschaft) см. Gierke Gesch. d. dt. Genossenschaft I, стр. 186 сл., о «дворовомъ правѣ» Maurer Fronhöfe, I, стр. 488 сл. Участіе населенія двора и его вліяніе на образованіе правовыхъ нормъ проявлялось главнымъ образомъ въ формѣ обычнаго въ средніе вѣка опроса старѣйшинъ или шеффеновъ о томъ, что они считаютъ правомъ (Rechtweisen). Эти отвѣты фиксировались судомъ и принимались имъ къ руководству. Установленныя такимъ путемъ нормы назывались Oefnungen или Weistümer, а когда они запчсывались, Rotel (rôles).

договору найма свободныхъ слугъ и работниковъ для хозяйственныхъ цѣлей много вниманія и вполнѣ опредѣленно отмежевываютъ его отъ вассальныхъ и бенефиціальныхъ отношеній съ одной и принудительной работы крѣпостныхъ съ другой стороны. Но свободныя лица, отдававшія свой трудъ на основаніи договора, по прежнему не смѣшиваются съ несвободными слугами; ихъ правовое положеніе неодинаково [1]). Въ тоже время слугамъ и работникамъ, поступающимъ на время службы въ домъ нанимателя и подчиняющимся его господской власти, противополагаются работники, нанятые для исполненія опредѣленныхъ работъ, безъ установленія общности домашней жизни [2]). Въ этотъ періодъ обязательственный элементъ договора, т. е. значеніе данныхъ другъ другу сторонами обѣщаній, уже болѣе ясно выступаетъ. По всетаки изъ договора или точнѣе изъ сопровождавшаго его поступленія въ сферу домашней автономіи нанимателя по прежнему возникаетъ отношеніе власти и подчиненія, нормировавшееся не соглашеніемъ сторонъ, а усмотрѣніемъ хозяина. Вся дальнѣйшая исторія найма труда въ средніе вѣка и вплоть до XIX вѣка представляетъ картину безпрерывной борьбы этихъ двухъ началъ: свободнаго соглашенія и хозяйскаго авторитета. Въ силу перваго взаимныя права и обязанности должны непосредственно устанавливаться договоромъ и сто-

---

[1]) См. напр. Глоссу къ Саксон. Зерцалу II, 32, § 1: Nun solt du wissen, das Knechte sein zweyerley: eygentlichen zu sprechen, so heyssen Knechte, die eygen sein; die andern heyssen dyener und seind frei lewte die uns dienen. (ты долженъ знать, что есть двоякаго рода слуги: собственно говоря, Knechte называются несвободные. Остальные называются слугами (Diener). Это свободные люди, которые намъ служатъ). Ср. также Richard Loening, Der Vertragsbruch und seine Folgen (Str. 1876) § 56, N. 1 и приведенныя тамъ выдержки изъ источниковъ, Amira Nordg. Obl. I, стр. 637.

[2]) Такъ напр. статуты гор. Гослара 13 вѣка (изданіе Göschen) стр. 93 различаютъ brodede Ghesinde (слугъ-нахлѣбниковъ) и bewissede man, dem he wekenpenninghe ghift (получающихъ понедѣльную плату). Другіе цитаты см. у Emminghaus «Gesinde» въ Allg. Encyklopödie der Wissenschaften, изд. Ersch und Gruber, т. 64, стр. 239; ср. Könnecke (слѣд. прим.) стр. 247 сл.

роны, какъ контрагенты, должны признаваться равноправными. Въ силу второго во внутреннихъ отношеніяхъ между ними одностороннe властвуетъ воля работодателя. Первоначально эта власть принадлежала ему, какъ главѣ патріархальнаго дома (господская), позднѣе—какъ лицу, призванному устанавливать и поддерживать въ организуемой имъ хозяйственной сферѣ порядокъ, необходимый для успѣха его дѣятельности (хозяйская).

Двойственностью положенія наемныхъ слугъ, проходящею красною нитью черезъ средневѣковое право и право послѣдующихъ вѣковъ, объясняются существующія въ литературѣ разногласія по вопросу о юридической природѣ договора (Gesindevertrag) въ разсматриваемый нами періодъ [1]). Одни считаютъ его «чисто обязательственною» сдѣлкою [2]), сущность которой заключалась въ обѣщаніи одною стороною работы и другою вознагражденія. Другіе [3]) указываютъ, что сущность и эффектъ договора состояли въ подчиненіи рабочей силы нанявшагося господской (мундіальной) власти [4]) нанимателя. Однако это

---

[1]) О договорѣ найма слугъ во второй періодъ среднихъ вѣковъ ср. Gustav Hertz, Die Rechtsverhältnisse des freien Gesindes nach den deutschen Rechtsquellen des Mittelalters, (Breslau 1879), (Gierke Untersuchungen VI), Wuttke, Gesindeordnung und Gesindezwangdienst in Sachsen bis zum Jahre 1835 (Lpz. 1893), Morgenstern Gesindewesen und Gesinderecht in Oesterreich въ Mitteilungen des K. K. Arbeitsstatistischen Amtes Heft 3 (Wien 1902), A. O. Winroth, Om Tjenestehjons förhallandet enligt svensk rätt (Upsala Universitets Arsskrift 1879), Beaune, Les Contrats (Paris 1889) стр. 292 сл. Весьма обстоятельное и богатое по содержанію изслѣдованіе O. Könnecke, Rechtsgeschichte des Gesindes in West-und Süd-Deutschland (1912) мы могли использовать уже только во время печатанія нашей работы.

[2]) См. напр. Amira Nordg. Obl. I, стр. 637: der Gesindevertrag ist lediglich ein obligatorischer Vertrag и II, 772, R. Loening Vertragsbruch стр. 458 сл.

[3]) См. напр. Hertz, ук. соч. стр. 4, Könnecke, ук. соч. стр. 246 и passim.

[4]) Hertz, ук. соч. стр. 8: Volle Hingabe der Arbeitskraft für die Förderung der Interessen der Dienstherrschaft entspricht allein dem zu Grunde liegenden wirtschaftlichen Gedanken.

разногласіе чисто теоретическое, ибо всѣ почти изслѣдователи признаютъ, что подчиненіе слуги хозяйской власти нанимателя составляло существенный и необходимый элементъ отношенія и что съ нимъ, независимо отъ соглашенія сторонъ, связывались самостоятельныя правовыя послѣдствія [1]).

Мы уже указывали, что источники различаютъ поступленіе въ услуженіе отъ обѣщанія опредѣленной работы [2]) Правда, при наймѣ домашнихъ слугъ нерѣдко также заранѣе опредѣлялся характеръ исполняемыхъ ими функцій или ихъ должности или указывались предѣлы ихъ дѣятельности, какъ напр. при наймѣ пастуха, конюха и т. п. Но это, вопреки мнѣнію Амиры (II стр. 773), вовсе не означало, что такіе слуги обѣщали качественно и количественно опредѣленную работу. Если они принадлежали къ Gesinde, то они, наравнѣ съ остальными, находились въ полной зависимости отъ господина. Источники даже иногда expressis verbis запрещаютъ имъ отказываться отъ порученной работы подъ тѣмъ предлогомъ, что они для нея не наняты [3]).

---

1) Ср. напр. Amira, I, стр. 640: «Dass die Zugehörigkeit des Gesindes zum Hause des Dienstherrn dem Begriff des erstern wesentlich ist, folgt schon aus der Benennung» и т. д., Loening, ук. соч. стр. 400, Wuttke, стр. 6 и др. Другого мнѣнія держится Winroth, стр. 12, усматривающій характерный признакъ найма услугъ въ ихъ количественной неопредѣленности. См. по этому поводу Maurer въ Krit. Vierteljahrschrift XXII, стр. 347.

2) Ср. глоссу къ сакс. Зерцалу, II, 33: Unterscheyde diss: entzwer eyner vormytet sich selber oder sein erbeyt. Vormiet ehr sein erbeyt—do magk er eynen anderen zuschicken. Vormeyt ehr sich selber—so en darff er es by pflicht nicht thun. (Различай слѣдующее: или кто нибудь отдаетъ самого себя въ наймы или свою работу. Когда онъ отдаетъ въ наймы свою работу, онъ вмѣсто себя можетъ посылать другого. Если-же самаго себя, онъ этого отнюдь не долженъ дѣлать). Ср. также Ehehaltenordnung zu Thierhaupten (§ 1), напечатанный у Grimm, Weistümer, VI, стр. 199 сл.

3) Такъ напр. въ инструкціи для слугъ, (Gesindeordnung) XV вѣка, извлеченной изъ архива одного изъ прирейнскихъ монастырей, (см. Mone,

Борьба указанныхъ двухъ началъ естественно сосредоточивалась вокругъ тѣхъ пунктовъ, гдѣ наиболѣе остро и часто сталкивались матеріальные интересы и правовыя воззрѣнія сторонъ. Лица, вынужденныя жить своимъ трудомъ, добивались главнымъ образомъ возможности свободно располагать своею рабочею силою т. е. свободы при заключеніи договора и при оставленіи службы. Хозяева, наоборотъ, съ цѣлью обезпечить себѣ необходимый контингентъ рабочихъ рукъ настаивали на обязательности поступленія къ нимъ въ услуженіе нѣкоторыхъ категорій лицъ, на извѣстной минимальной продолжительности службы и на принятіи карательныхъ мѣръ противъ досрочнаго ухода нанятыхъ ими лицъ. Убѣжденія, что внутреннія отношенія между сторонами, ихъ взаимныя права и обязанности должны нормироваться исключительно соглашеніемъ сторонъ, мы въ этотъ періодъ еще нигдѣ не встрѣчаемъ. Въ городахъ ремесленные подмастерья, начиная съ XIV вѣка, пытаются посредствомъ коллективныхъ выступленій побудить хозяевъ считаться съ ихъ желаніями при опредѣленіи условій труда, особенно при опредѣленіи размѣра заработной платы, способовъ его уплаты, количества рабочихъ дней, размѣра штрафовъ за самовольный уходъ и за другія нарушенія [1]). Но самое существованіе извѣстной дискреціонной власти хозяина надъ проживавшими у него

Ztschr. f. die Gesch. des Oberrheins I, стр. 188) говорится: Item die Knecht sollen auch thun, was man sie heisst... und sich keiner Arbeit entsagen, die gebührlich zu thun ist, und nit sagen, er sei nit zu dissem oder dem gedingt, sunder noch sinem vermügen das best thun; (слуги должны дѣлать, что имъ приказываютъ, а не отказываться отъ работы, которую имъ приличествуетъ дѣлать, не говорить, что для того или другого они не наняты, а по мѣрѣ своихъ силъ исполнять все наилучшимъ образомъ. Ср. также Ehehaltenordnung, привед. въ предшеств. прим. и Könnecke стр. 505 сл.

[1]) См. Schanz, Zur Geschichte der deutschen Gesellenverbände im Mittelalter (1877) и его-же статью «Gesellenverbände» въ HWS. (3 изд.) т. IV.

слугами и рабочими, извѣстнаго личнаго подчиненія и зависимости отъ господской воли признавалось ими вполнѣ нормальнымъ явленіемъ и не возбуждало сомнѣній.

Разрѣшеніе вопроса, поступить или не поступать на предложенныхъ нанимателемъ условіяхъ въ услуженіе по общему правилу зависѣло отъ доброй воли нанимающагося. Но спросъ на рабочія руки въ теченіе всего этого періода постоянно возрасталъ. Благодаря расширенію рынковъ и отливу рабочихъ въ города, въ сельскомъ хозяйствѣ, повидимому, испытывался хроническій недостатокъ въ работникахъ, принимавшій временами подъ вліяніемъ различныхъ событій особенно острый характеръ. Вполнѣ понятно, что при такихъ обстоятельствахъ землевладѣльцы очень неохотно отпускали отъ себя трудоспособныхъ лицъ, проживавшихъ на ихъ землѣ. Въ концѣ среднихъ вѣковъ — законодательство приходитъ имъ на помощь. Создается институтъ принудительной службы, съ которымъ мы встрѣчаемся въ большинствѣ государствъ Западной Европы и послѣдніе остатки котораго были уничтожены только въ XIX вѣкѣ [1]). Мѣры принужденія принимались какъ по отношенію къ дѣтямъ подвластныхъ лицъ (Untertanenkinder), такъ и вообще по отношенію къ безработнымъ, уклонявшимся отъ найма. Первыя либо должны были въ теченіе извѣстнаго срока нести службу у землевладѣльца, либо за землевладѣльцами признавалось преимущественное право на ихъ трудъ въ томъ случаѣ, если тѣ вообще желали наниматься въ услуженіе.

---

[1]) Подробности см. въ статьѣ «Gesindezwang» въ Encyclopädie Ersch und Gruber Bd. 64, Wuttke ук. соч. стр. 10 сл., 40 сл., Kollmann Gesch. u. Stat. des Gesindewesens in Dtschl. (Jahrb. f. NO. Bd. X) стр. 244, Amira Nordg. Oblig. I, стр. 637 сл., II, стр. 779, Winroth ук. соч. стр. 191 сл. Könnecke, ук. соч. стр. 324 сл.

Съ тою же цѣлью издавались постановленія о минимальной продолжительности службы [1]), напр., не менѣе полугода. При отсутствіи соглашенія нормальнымъ считался годовой срокъ. Позднѣе нѣкоторые законы вмѣняютъ сторонамъ въ обязанность предупредить контрагента, съ соблюденіемъ извѣстнаго срока, о намѣреніи прекратить договоръ. Въ противномъ случаѣ договоръ признавался молчаливо продолженнымъ на прежнихъ условіяхъ [2]). Запрещалось наниматься на неопредѣленный срокъ [3]). Съ другой стороны постепенно укоренился взглядъ, что пожизненный наемъ недопустимъ, ибо онъ по словамъ глоссы къ саксонскому Зерцалу (II, 33) «дѣлалъ бы свободу безполезною». Окончательно установившимся впрочемъ этотъ взглядъ можно считать не ранѣе XVI вѣка.

Размѣръ вознагражденія вѣроятно въ этомъ періодѣ зависѣлъ всецѣло отъ усмотрѣнія господина. Въ источникахъ часто упоминается о службѣ «uf genade» (на милость). Саксонское Зерцало (I. 22) постановляетъ, что нанявшійся «на милость» долженъ въ случаѣ смерти господина довольствоваться тѣмъ, что ему даютъ наслѣдники [4]). То же положеніе повторяется въ рядѣ другихъ источниковъ, но оно не пользовалось общимъ признаніемъ

---

[1]) Hertz, ук. соч. стр. 5 сл., Amira, ук. соч., I, стр. 644, II, стр. 777.

[2]) Hertz, ук. соч. стр. 64 N. 2, Amira ук. соч. I, стр. 644, Könnecke стр. 738 сл.

[3]) Hertz, стр. 6, Beaune, стр. 294 сл. Отголосокъ этого воззрѣнія мы находимъ въ ст. 1780 Code civil: On ne peut engager ses services, qu'a temps...

[4]) Sachsenspiegel I, 22 § 1: ...Sver uf genade gedinet hat, der mus den erben gnade manen (кто служилъ на милости, долженъ получать по милости наслѣдниковъ). Тоже выражаетъ поговорка: Wer auf Gnade dienet, muss auf Gnade mahnen. Ср. Emminghaus у Ersch и Gruber стр. 248, Hertz стр 84, Könnecke стр. 606 сл., Тоже самое имѣло мѣсто въ отношеніяхъ между мастеромъ и подмастерьями въ городахъ. Ср. Schanz, ук. соч. стр. 109. Др. мн. Zwiedeneck-Südenhorst, Lohnpolitik und Lohntheorie стр. 45.

и не касалось жилища, пищи и прочаго необходимаго натуральнаго содержанія. Оно вообще не имѣло того смысла, что нанявшійся, если хозяину угодно, долженъ служить безвозмездно, а означало только, что размѣръ не условленнаго вознагражденія за прослуженное время опредѣлялся нанимателемъ въ силу господской власти. Впрочемъ по мѣрѣ того, какъ въ употребленіе стала входить денежная плата, воззрѣнія на этотъ счетъ стали мѣняться. Размѣръ вознагражденія при отсутствіи соглашенія уже не зависѣлъ всецѣло отъ усмотрѣнія господина, а долженъ былъ соотвѣтствовать обычной нормѣ, которая въ случаѣ разногласія опредѣлялась судьею [1]).

Возростаніе спроса на наемныхъ рабочихъ влекло за собою повышеніе заработной платы, что по господствовавшимъ тогда воззрѣніямъ признавалось вреднымъ для народнаго хозяйства. Государство поэтому считало нужнымъ притти на помощь работодателямъ. Въ концѣ среднихъ вѣковъ и въ слѣдующіе вѣка не прекращаются попытки регулировать цѣны на трудъ (натуральное и денежное вознагражденіе) установленіемъ максимальныхъ тарифовъ, отъ которыхъ обѣимъ сторонамъ запрещалось отступаться въ сторону повышенія подъ угрозою подчасъ довольно суровыхъ каръ [2]).

Форма заключенія договора найма также кореннымъ образомъ измѣнилась. Рѣшающее значеніе пріобрѣло символическое дѣйствіе, состоявшее въ выдачѣ нанявшемуся небольшой суммы, носящей въ источникахъ различныя названія (Mietgeld, arrha, Gottesgeld, denier de Dieu и др.) [3]).

---

[1]) Hertz стр. 83, Amira I, стр. 643.

[2]) Примѣры такихъ таксъ см. у Hertz стр. 7 и подробности у Könnecke стр. 609 сл. Ср. Kollmann, ук. соч. стр. 253 сл. и относит. сѣв. государствъ Amira I, стр. 643.

[3]) См. Hertz § 2, Amira I стр. 321. Beaune стр. 293, Winroth стр. 136 сл., 180 сл., Stobbe-Lehmann III § 249, Könnecke стр. 414 сл.

Юридическая природа и историческіе корни этого своеобразнаго «задатка» не выяснены [1]). Въ немъ видятъ то способъ обезпеченія договора, то реальную форму его совершенія, то средство присоединить къ обыкновенному долгу (Schuld) отвѣтственность (Haftung) лица, получившаго задатокъ или обѣихъ сторонъ. Съ принятіемъ задатка при наймѣ связывалось представленіе о безповоротности состоявшагося соглашенія для нанявшагося въ силу того общаго начала средневѣковаго права, по которому принятіе исполненія (реальнаго, частичнаго или символическаго) порождало для получившаго юридическое обязательство. Въ источникахъ нерѣдко возможность уклоняться отъ поступленія или принятія на службу ставится въ прямую зависимость отъ того, былъ ли данъ задатокъ или нѣтъ [2]). Иногда слугѣ еще давался срокъ на размышленіе (обыкновенно сутки), въ теченіе котораго онъ могъ возвратить полученное и отказаться отъ заключенія договора. Тогда уже только по истеченіи этого срока договоръ признавался состоявшимся [3]).

Послѣ реценціи римскаго права и подъ его вліяніемъ, мысль о необходимости для перфекціи договора выдачи нанявшемуся «задатка» въ указанномъ смыслѣ постепенно была вытѣснена въ нѣкоторыхъ областяхъ найма представленіемъ, что для обязательности договора достаточно неформальное соглашеніе. Но для найма низшихъ слугъ и работниковъ «задатокъ» еще долго сохранилъ свое прежне значеніе, несмотря на то, что, начиная съ XVI вѣка законодательства во многихъ мѣстахъ относились къ нему отрицательно и пытались опредѣлить его максимальный размѣръ.

---

[1]) См. къ вопросу объ «arrha» Gierke, Schuld und Haftung стр. 337 сл. и указанную тамъ литературу.

[2]) См. мѣста, приведенныя у Hertz стр. 11 и сл. и у Könneke стр. 417 сл.

[3]) Beaune стр. 294, Hertz стр. 14, Loening ук. соч. стр. 478 N. 27.

Вообще наемъ низшихъ слугъ и работниковъ (Gesinde-, Gesellenvertrag) и въ этомъ періодѣ продолжаетъ разсматриваться, какъ соглашеніе о поступленіи нанявшагося подъ хозяйскую власть нанимателя, и нерѣдко встрѣчающееся въ источникахъ выраженіе «отдаетъ себя въ наймы» (vormytet sich selber, se loue, норвежское seljask à leigo), вопреки мнѣнію Амиры [1]) и др., не было простымъ пережиткомъ прежнихъ эпохъ. Это представленіе лежитъ въ основаніи постановленій какъ объ отвѣтственности нанятыхъ слугъ за непоступленіе и досрочный уходъ, такъ и вообще о взаимныхъ отношеніяхъ сторонъ.

Особенное вниманіе источники удѣляютъ самовольному уклоненію нанявшагося отъ службы [2]). Работодатели упорно отстаивали то положеніе, что такое уклоненіе не есть простое нарушеніе обязательства, влекущее за собою только имущественныя невыгоды для слугъ, а наказуемое посягательство на права, предоставленныя господину на личность нанявшагося. И повидимому такой взглядъ соотвѣтствовалъ господствовавшимъ правовымъ воззрѣніямъ. Въ источникахъ непоступленіе послѣ принятія задатка также, какъ досрочный уходъ со службы безъ законной причины, сплошь да рядомъ квалифицируется, какъ наказуемое «своеволіе» (Mutwillen). Въ эпоху Саксонскаго Зерцала оно влекло за собою законную неустойку въ пользу хозяина, обыкновенно въ размѣрѣ условленнаго вознагражденія. Но эта угроза вѣроятно оказалась мало дѣйствительною. Скоро, на ряду съ неустойкою или вмѣсто нея,

[1]) Amira II стр. 741 (по поводу норвежскаго права) замѣчаетъ: «хотя тутъ говорится, что свободный человѣкъ самаго себя отдаетъ въ наймы, но намѣреніе сторонъ направлено лишь на продажу труда». Однако отдѣленіе «труда» отъ личности наемныхъ слугъ въ источникахъ этого періода нигдѣ не проводится.

[2]) См. подробности у Loening ук. соч. § 56, Sickel Die Bestrafung des Vertragbruches стр. 96 сл., Hertz ук. соч. § 11, Beaune ук. соч. стр. 296, Könnecke стр. 796 сл.

стали примѣняться публичныя кары въ видѣ штрафовъ, лишенія права наниматься въ услуженіе, изгнанія, даже тюремнаго заключенія. Позднѣе стали прибѣгать къ насильственному возвращенію слугъ полицейскими мѣрами. Самовольный уходъ по общему правилу, наказывался болѣе строго, чѣмъ непоступленіе, особенно въ томъ случаѣ, когда ушедшій, получивъ впередъ плату, срока своего не выслужилъ.

Совершенно иначе источники относятся къ однородному поступку нанимателя, т. е. къ непринятію нанявшагося на службу или досрочному отказу со стороны господина. Эти дѣйствія по общему правилу вообще не признавались правонарушеніями. Отъ усмотрѣнія нанимателя зависѣло, пользоваться ли трудомъ нанявшагося, принять ли его въ домъ и держать въ услуженіи или же отказаться отъ его услугъ. Если онъ обязался платить вознагражденіе, то отъ исполненія этой обязанности непринятіе услугъ его не освобождало. Но никакихъ другихъ послѣдствій обыкновенно уклоненіе отъ договора для него не имѣло. Иногда впрочемъ за неплатежъ обѣщаннаго или обычнаго вознагражденія, а также за дурное обращеніе, вынудившее слугу къ досрочному уходу, хозяева еще подвергались денежнымъ штрафамъ.

Права господина охранялись не только противъ слуги, но также противъ третьихъ лицъ. Средневѣковое право запрещало и карало наемъ лицъ, не выслужившихъ своего срока у прежняго господина, даже наемъ лицъ еще не поступившихъ въ услуженіе, но уже связанныхъ договоромъ (Abspannen, Abdringen). Завѣдомое принятіе такого слуги разсматривалось, какъ подстрекательство къ нарушенію договора, и влекло за собою денежные штрафы для нанимателя и недѣйствительность заключеннаго ими договора, а иногда также наказаніе нанявшагося. Кара усиливалась, когда условія второго найма были болѣе

благопріятны для работника, чѣмъ условія нарушеннаго договора. О возможности одновременной службы у двухъ лицъ источники не упоминаютъ. Повидимому, она была несовмѣстима съ самимъ понятіемъ о «службѣ» въ смыслѣ зависимаго отношенія. На одновременное обслуживаніе нѣсколькихъ лицъ въ источникахъ иногда прямо указывается, какъ на признакъ экономической самостоятельности работника [1]).

О вытекающихъ изъ договора правахъ и обязанностяхъ мы въ источникахъ не находимъ почти никакихъ постановленій. Они большею частью не предусматривались договоромъ и не опредѣлялись нормами права [2]). Договоромъ найма слугъ устанавливалась общая обязанность послѣднихъ слѣдовать во всемъ указаніямъ господина, не противорѣчащимъ требованіямъ закона и соглашенію сторонъ. Имъ, другими словами, создавалась, хозяйская власть. Но эта власть не была безграничною и ею отношенія сторонъ не исчерпывались.

Средневѣковое воззрѣніе, что власть обязываетъ, что она неразрывно связана съ извѣстными обязательствами по отношенію къ подвластнымъ, еще осталась въ полной силѣ. Хозяйской власти ставились также извѣстные предѣлы тамъ, гдѣ она сталкивалась съ компетенціею государства или съ интересами третьихъ лицъ. Задача положительнаго права и заключалась въ опредѣленіи этихъ предѣловъ и обязанностей.

Источники неоднократно напоминаютъ господамъ о томъ, что они имѣютъ дѣло съ свободными слугами и не должны требовать того, что не входитъ въ кругъ ихъ

[1]) Такъ напр. право гор. Висби (цитируется у Amira I стр. 649) признаетъ самостоятельнымъ ремесленникомъ того, «der sich an mehr als Einen vermietet».

[2]) См. къ слѣдующему Hertz ук. соч. стр. 30 сл., Kollmann стр. 240 сл., Sickel стр. 104 сл., Amira I стр. 403 сл., 640, II 427 сл., 771 сл.

дѣятельности [1]). Съ другой стороны слугамъ иногда предоставляется право отказываться отъ дальнѣйшей службы, если господинъ не можетъ или не хочетъ имъ давать содержанія и обѣщаннаго вознагражденія [2]), или если онъ при осуществленіи своей карательной власти выходитъ изъ поставленныхъ ему обычаемъ и закономъ границъ.

Правда, эти границы опредѣлялись далеко неодинаково. Источники, указывая, какія послѣдствія для господина имѣетъ злоупотребленіе карательною властью, расходятся въ вопросѣ о томъ, что считать злоупотребленіемъ. Одни караютъ только убійство и изувѣченіе слугъ, другіе запрещаютъ употребленіе при наказаніи оружія и устанавливаютъ максимальную толщину палки. Лишь немногіе (какъ напр. Швабское Зерцало и Kaiserrecht) совершенно запретили господамъ бить своихъ слугъ. Но пока господинъ держался въ этихъ границахъ, его дѣйствія не подлежали контролю суда; принятіе и выборъ мѣръ воздѣйствія на строптивыхъ и неисполнительныхъ слугъ зависѣли всецѣло отъ его усмотрѣнія [3]).

Господствовавшее въ первый періодъ среднихъ вѣковъ убѣжденіе, что господинъ является законнымъ представителемъ своихъ слугъ на судѣ, и что онъ несетъ за

---

[1]) См. напр. Das Kleine Kayserrecht (изд. Эндемана по рукописи 1372 г.) II, 28. Ein iglich man, dem Got hat beschert, dasz er hat gesinde, beide magede und Knechte, der en hat kein recht uber sie nit, dan alz vil, als im ir dienst gevellet um sinen lon. (Тотъ человѣкъ, которому Богъ далъ возможность держать прислугу, мужскую и женскую, не имѣетъ другихъ правъ надъ ними, кромѣ тѣхъ, которыя даетъ ему ихъ служба за вознагражденіе).

[2]) См. Hertz стр. 71.

[3]) См. напр. законъ мѣст. Грёстена (цит. у Hertz стр. 9): Schlecht jemand sein Knecht oder diern mit rueten: den sol der richter nicht richten, wann niemand mag gewissen, was inner haus ein wüert mit sienen gesind zu schaffen hat. (Если кто либо бьетъ своего слугу или служанку розгами, судья не долженъ его судить, ибо никто не можетъ знать, какія дѣла происходятъ внутри дома между хозяиномъ и его слугами). Обзоръ относящихся сюда постановленій см. у Könnecke стр. 672 сл.

нихъ отвѣтственность передъ третьими лицами еще лежитъ въ основаніи многочисленныхъ постановленій [1]). За господиномъ признавалось право на то, чтобы о всѣхъ обвиненіяхъ и искахъ, предъявленныхъ къ его слугамъ, доводилось до его свѣдѣнія и чтобы его допускали къ отвѣту за нихъ. Только, если онъ этимъ правомъ не желалъ воспользоваться, дѣло разбиралось безъ его участія. Онъ могъ также выступать въ качествѣ жалобщика и истца за своихъ слугъ. Иногда ему при этомъ предоставлялись всѣ права стороны въ процессѣ, даже право присяги, и только исполненіе приговора обращалось противъ слуги лично. Иногда онъ только выступалъ въ качествѣ пособника и защитника; тогда и самъ обвиняемый долженъ былъ быть на лицо. Нѣкоторые средневѣковые источники впрочемъ уже отрицаютъ право господина на судебное представительство.

Когда слуга совершалъ какое нибудь недозволенное дѣйствіе, которымъ нарушались права третьихъ лицъ, тогда при опредѣленіи кары интересы правосудія могли сталкиваться съ хозяйскимъ интересомъ. Эта коллизія разрѣшается въ источникахъ различно [2]). Въ общемъ еще преобладаетъ взглядъ, что господинъ долженъ постоять за лицъ, живущихъ въ его домѣ, нести за нихъ отвѣтственность или же не удерживать ихъ у себя. Отвѣтственность за слугу по общему правилу имѣло мѣсто только тогда, если, узнавъ о совершенномъ слугою деликтѣ, господинъ не удалялъ его изъ своего дома. Нѣкоторые источники впрочемъ возлагаютъ отвѣтственность на господина лишь въ томъ случаѣ, если онъ уже по истеченіи срока договора еще продолжалъ держать провинившагося слугу у себя въ домѣ. За преступныя дѣянія, совершенныя слугою по

[1]) Ср. Morgenstern, Gesindewesen, стр. 9, Könnecke стр. 302 сл.

[2]) См. судеб. рѣшенія, приведенныя у Hertz стр. 45, Könnecke стр. 258 сл.

приказанію господина или для него, съ его вѣдома или по его недосмотру, конечно, отвѣчалъ послѣдній. Въ частности, убытки, причиненные пожаромъ, возникшимъ по неосторожности слуги, онъ долженъ былъ возмѣстить. Это одинъ изъ практическихъ выводовъ изъ взгляда на наятыхъ слугъ и работниковъ, какъ на подвластныхъ лицъ и орудіе чужой дѣятельности.

Тотъ-же взглядъ лежитъ въ основаніи положеній источниковъ о гражданско-правовыхъ сдѣлкахъ лицъ, состоявшихъ въ услуженіи [1]). Вступавшіе въ сдѣлку съ ними должны были считаться съ ихъ хозяйственною несостоятельностью, съ тѣмъ, что вещами, находившимися у нихъ на рукахъ, они владѣли не для себя, а для господина, какъ орудіе его воли. Поэтому правило Hand wahre Hand не примѣнялось къ добросовѣстному пріобрѣтенію хозяйскихъ вещей отъ слуги. Только сохранившійся въ нѣсколькихъ мѣстахъ обычай требовать отъ господина незначительнаго выкупа въ пользу пріобрѣтателя указываетъ на то, что прежде онъ, какъ лицо отвѣтственное за своихъ слугъ, вѣроятно долженъ былъ возмѣстить введенному въ заблужденіе пріобрѣтателю вещи уплаченную имъ покупную цѣну. По сдѣлкамъ, заключеннымъ слугою за счетъ своего господина, послѣдній отвѣчалъ только тогда, если онъ ихъ явно или молчаливо одобрилъ. Поэтому проданную отъ его имени, но безъ его разрѣшенія вещь, онъ могъ требовать обратно [2]).

По сдѣлкамъ, заключеннымъ слугами отъ своего имени, господинъ въ этотъ періодъ не отвѣчалъ. Но уже то обстоятельство, что оно особенно подчеркивается въ источникахъ,

[1]) См. Hertz § 8, Könnecke стр. 275 сл.

[2]) См. Hach, Das alte lübische Recht, стр. 207 (I, 71): Si servus aliquis conduct tius res alicuius vendiderit et dominus rei venditionem non approbaverit... servus evadet et dominus res suas recipiet.

доказываетъ, что это шло въ разрѣзъ съ раньше господствовавшими воззрѣніями. Многіе средневѣковые источники ограничиваютъ сдѣлкоспособность подвластныхъ членовъ семьи извѣстною суммою, равною стоимости ихъ одежды, получаемаго вознагражденія и вообще личнаго ихъ достоянія. Насколько обязательство превышало эту сумму, оно признавалось недѣйствительнымъ. Эти положенія распространялись также на проживавшихъ у хозяина слугъ и работниковъ.

Тоже представленіе о наемныхъ слугахъ, какъ о лицахъ несамостоятельныхъ, состоявшихъ подъ властью главы дома, проглядываетъ въ очень распространенныхъ въ средніе вѣка ограниченіяхъ, касавшихся ихъ допущенія въ качествѣ свидѣтелей [1]). Эти ограниченія особенно характерны, если сопоставить ихъ съ общимъ процессуальнымъ правиломъ той эпохи, что лица, принадлежавшія къ одному дому (Hausgenossen), не могли быть свидѣтелями ни другъ противъ друга, ни другъ за друга. Иногда и господинъ признавался неспособнымъ быть свидѣтелемъ по дѣламъ своихъ слугъ. Съ другой стороны и слугамъ иногда предоставлялось право уклоняться отъ свидѣтельства по дѣламъ господина.

Связанная съ господскою властью обязанность къ защитѣ подвластныхъ и къ попеченію о нихъ приняла нѣсколько иной характеръ, сообразно съ измѣнившимися бытовыми условіями. Поступая въ услуженіе, наемные работники теперь уже не имѣли въ виду покровительства сильныхъ и убѣжища, а искали только матеріальныхъ выгодъ отъ приложенія своей рабочей силы,

[1]) См. мѣста, прив. у Hertz § 6. Отголосокъ этого воззрѣнія мы еще находимъ въ ст. 251 code civil въ первоначальной ея редакціи (теперь она измѣнена): le tribunal aura tel égard que de raison aux dépositions des parens et des domestiques.

а именно средствъ къ существованію въ видѣ жилища, пищи и вообще вознагражденія. Обязанность господина къ доставленію средствъ къ жизни лицамъ, находившимся у него въ услуженіи, подразумѣвалась сама собою, хотя бы она и не была выговорена. Она составляла такой же корреллатъ хозяйской власти, какъ въ старину попеченіе о личной безопасности слугъ, и ея неисполненіе также могло служить поводомъ къ расторженію договора.

Вознагражденіе — натуральное и денежное — однако, и въ этомъ періодѣ не разсматривалось только какъ плата за исполненныя услуги или работы, а какъ эквивалентъ всѣхъ жертвъ, связанныхъ для слуги съ его службою. Поэтому личный и имущественный ущербъ, понесенный нанятымъ лицомъ на службѣ безъ вины господина, ему особо не возмѣщался. Потерпѣвшій или его наслѣдники могли только претендовать на уплату вознагражденія за весь срокъ, на который онъ былъ нанятъ [1]). Требованіе вознагражденія (lidlohn) въ извѣстныхъ предѣлахъ и въ теченіе извѣстнаго срока пользовалось преимущественнымъ удовлетвореніемъ, потому что, какъ выражаются нѣкоторые источники, «оно добыто ихъ потомъ и кровью» и «слуги жили и трудились вмѣстѣ съ должникомъ» [2]).

Изъ изложеннаго съ достаточною ясностью вытекаетъ, что и во второй періодъ среднихъ вѣковъ мѣновой элементъ, т. е. взаимное обѣщаніе работы и вознагражденія для найма въ услуженіе, также мало характеренъ, какъ въ предшествующую эпоху. Договоръ еще всецѣло построенъ на идеѣ мундіальной власти [3]), неразрывно связанной съ извѣстными обязанностями по отношенію къ

[1]) См. Hertz стр. 59, Morgenstern стр. 9.

[2]) См. Hertz стр. 85 сл., Dorn, Versuch einer ausführlichen Abhandlung des Gesinderechts (1794), стр. 497 сл.

[3]) Ср. Könnecke стр. 251 сл.

слугамъ и нѣкоторою отвѣтственностью за нихъ. Соглашеніе сторонъ имѣетъ своимъ содержаніемъ подчиненіе нанимающагося въ извѣстныхъ предѣлахъ и на извѣстныхъ условіяхъ власти нанимателя. Съ обѣщаніемъ опредѣленныхъ услугъ за вознагражденіе безъ установленія хозяйской власти договоръ найма слугъ и работниковъ ничего общаго не имѣетъ. Такой его характеръ стоитъ въ тѣснѣйшей связи съ патріархальнымъ строемъ средневѣковой семьи. Въ этомъ отношеніи не было существенной разницы между домашнимъ слугою, сельскимъ работникомъ, подмастерьемъ, торговымъ служащимъ и пр. Разъ они жили въ домѣ хозяина или вообще находились подъ его хозяйскою властью, они должны были ему подчиняться, соблюдать по отношенію къ нему и къ его семьѣ вѣрность и почтительность, онъ-же долженъ былъ защищать ихъ отъ нужды и насилія.

Въ концѣ среднихъ вѣковъ авторитетъ семейной власти замѣтно падаетъ и утрачиваетъ свой моральный вѣсъ. Этотъ процессъ раньше и болѣе интенсивно совершается въ городахъ. Тамъ подмастерья мирились съ освященною обычаемъ домашнею властью хозяина, пока такое положеніе было переходнымъ состояніемъ и они могли питать увѣренность, что со временемъ сами станутъ хозяевами. Объединенные борьбою, которую ремесленники вели съ родовою знатью за свою политическую независимость и цеховую автономію, хозяева и подмастерья по возможности избѣгали внутреннихъ треній и розни. Но это очень скоро измѣнилось, когда цѣль была достигнута и мастера больше не нуждались въ поддержкѣ младшихъ членовъ сословія. Тогда отвоеванная при ихъ помощи цеховая автономія была обращена въ орудіе противъ нихъ же. Въ подмастерьѣ начали видѣть будущаго конкурента, которому старались всячески затруднять доступъ къ мастерству.

Въ XIV вѣкѣ,—а въ нѣкоторыхъ отрясляхъ промышленности еще раньше — совершается ихъ обособленіе отъ мастеровъ въ отдѣльную соціальную группу, въ которой крѣпнетъ сознаніе солидарности интересовъ и потребность въ организаціи для борьбы съ одностороннею хозяйскою властью. Народившійся типъ пожизненнаго семейнаго подмастерья, жившаго отдѣльнымъ домомъ, уже не укладывался въ представленіи о покорномъ младшемъ членѣ семьи хозяина. Семейный характеръ отношеній въ области промышленности постепенно превратился въ фикцію [1]).

Внѣ городовъ отношенія не такъ скоро и не въ такой мѣрѣ обострились, но и тамъ участились жалобы на непризнаніе хозяйскаго авторитета, на непокорность и строптивость слугъ. Все чаще и настойчивѣе хозяева, пользуясь своимъ вліяніемъ на законодательство и управленіе, обращаются къ государственной власти за помощью. И эта помощь обыкновенно оказывалась имъ съ большою готовностью и односторонностью. Безчисленные полицейскіе регламенты, уставы и отдѣльные законодательные акты, повсемѣстно издававшіеся по настоянію и нерѣдко при участіи господъ въ періодъ между 15 и 18 столѣтіями [2]), въ громадномъ большинствѣ преслѣдовали совершенно опредѣленную цѣль: обезпеченіе дешевыхъ рабочихъ рукъ и поспѣшное поддержаніе хозяйской власти надъ слугами и работниками. Въ сельскомъ и домашнемъ быту и при установившейся системѣ всесторонней полицейской регла-

---

[1]) См. описаніе этого процесса въ области промышленности у Брентано, Das Arbeitsverhältnis des heutigen Rechts Lpz. 1897, Schanz ук. соч., его-же статью Gesellenverbände въ H. S. W. и указ. тамъ литературу вопроса.

[2]) Обзоръ законодательства относит. слугъ (Gesinde) даетъ Könnecke ук. соч., относит. промышленныхъ рабочихъ Mascher, das dt. Gewerbewesen (1866), Berléung, Entwickelungsgeschichte des Arbeitsvertrages (Münch. Diss), Levasseur, Histoire des classes ouvrières en France (2 изд. 1900), Sauzet, Essai historique sur la législation industrielle de la France въ Revue d'écon. polit. за 1892 г.

ментаціи хозяйственной жизни личная близость работника къ господину и традиціи семейной власти еще сохраняются въ извѣстной мѣрѣ и продолжаютъ оказывать нѣкоторое вліяніе на характеръ отношеній. Въ промышленности и торговлѣ, гдѣ требуется болѣе сосредоточенная организація, болѣе стройный и однообразный внутренній порядокъ, семейный авторитетъ нанимателя, какъ «главы дома», оказался недостаточнымъ. Искусственно поддерживаемая государствомъ власть хозяина въ этой области принимаетъ характеръ какъ бы делегаціи публичной власти, призванной въ предѣлахъ закона устанавливать и поддерживать порядокъ въ предпріятіи и реагировать на его нарушеніе. По отношенію къ карабельному экипажу этотъ характеръ еще болѣе рѣзко выступаетъ. Тутъ привходитъ элементъ военной дисциплины, приближающій капитана даже на частномъ кораблѣ во время плаванія къ военноначальнику. Словомъ, въ каждой отрасли хозяйскій авторитетъ получаетъ особый оттѣнокъ. Однако, вездѣ, гдѣ договоромъ устанавливается служебное отношеніе, оно понимается, какъ отношеніе власти и подчиненія.

Общихъ для всѣхъ видовъ личнаго найма законодательныхъ нормъ мы и въ эту эпоху почти не встрѣчаемъ. Они распыляются на множество сингулярныхъ постановленій, дѣйствовавшихъ въ строго ограниченной отрасли, безъ внутренней и внѣшней связи между собою. Подъ прикрытіемъ этихъ спеціальныхъ нормъ, проникнутыхъ мыслью объ опекѣ надъ хозяйственною дѣятельностью, принципъ хозяйскаго авторитета, не смотря на то, что патріархальный строй семьи и идея господскаго союза отошли въ область исторіи, сохранился до нашихъ дней.

Мы не будемъ излагать исторіи найма труда въ періодъ времени между XVI и XIX столѣтіями. Вращаясь

между крайностями римскаго взгляда на него, какъ на чисто обязательственное мѣновое отношеніе, и средневѣковыми воззрѣніями, построенными на представленіи о власти надъ личностью нанявшагося, законодательства не съумѣли примирить ихъ между собою. Извлеченные изъ Corpus juris положенія и начала по духу и содержанію совершенно не соотвѣтствовали исторически сложившимся формамъ пользованія служебнымъ трудомъ и не могли удовлетворять запросамъ жизни. Силою вещей эти отношенія оказались вытѣсненными изъ области гражданскаго права и сдѣлались предметомъ спеціальной разрозненной нормировки, лишенной общаго цивилистическаго основанія.

Ихъ примиреніе не удалось также юридической наукѣ той эпохи. Весьма характерно уже то обстоятельство, что юристы не могли притти къ соглашенію, отнести ли наемъ слугъ къ гражданскому или полицейскому праву [1]), и—въ первомъ случаѣ—изложить ли его въ семейственномъ или въ обязательственномъ правѣ. Относительно найма работниковъ, занятыхъ въ промышленности, торговлѣ и мореходствѣ уже тогда склонялись къ тому взгляду, что къ нимъ общія нормы гражданскаго права могутъ имѣть только субсидіарное примѣненіе. О нихъ поэтому трактовалось преимущественно въ монографическихъ изслѣдованіяхъ, или въ сочиненіяхъ, посвященныхъ промышленному, торговому или морскому праву. Иначе

---

[1]) Крюницъ въ изданной имъ экономической энциклопедіи (Oeconomische Encyclopädie 1779 г. т. XVII), пользовавшейся въ XVIII вѣкѣ большою популярностью, такъ обосновываетъ включеніе всѣхъ вопросовъ, касающихся правового положенія Gesinde, въ томъ числѣ вопроса о наймѣ слугъ и работниковъ, въ полицейское право: «Слуги составляютъ весьма значительную часть людей въ государствѣ. Держать ихъ въ надлежащемъ порядкѣ очень важно для общества и составляетъ одну изъ важнѣйшихъ задачъ полиціи, осуществленію которой посвящено множество законовъ и учрежденій (Einrichtungen). Поэтому на полиціи лежитъ не только опредѣленіе границъ домашней власти господъ надъ слугами, но и защита послѣднихъ отъ несправедливыхъ и жестокихъ господъ».

обстояло дѣло съ наймомъ слугъ и хозяйственныхъ рабочихъ. Это было явленіе, слишкомъ распространенное, слишкомъ крупное по своему соціальному значенію, чтобы подчинить его исключительно спеціальнымъ нормамъ, расчитаннымъ на опредѣленную отрасль хозяйственной жизни.

Для юристовъ, воспитанныхъ на римскомъ правѣ и признававшихъ однѣ только римскія правовыя понятія, юридическая квалификація формъ личнаго найма, преобладавшихъ въ практической жизни, и, въ частности, института хозяйской власти была неразрѣшимою задачею. Въ комментаріяхъ и ученыхъ трактатахъ при изложеніи договора найма обыкновенно вопросы, не вытекавшіе изъ относящихся къ нему фрагментовъ corpus juris, просто не затрогивались. Но совершенно вычеркнуть изъ правовой жизни существовавшія формы личной зависимости и правовыя послѣдствія подчиненія слугъ и работниковъ хозяйской власти, юристы конечно не могли и не хотѣли. Обойденный ими въ ученіи о наймѣ вопросъ о юридической природѣ зависимыхъ отношеній самъ собою возникалъ и разрѣшался ими въ другомъ мѣстѣ системы въ связи съ вопросомъ: сохранили-ли римскія положенія о рабахъ и либертахъ, объ operae servorum и libertorum силу и значеніе дѣйствовавшаго права [1]). Принципіально всѣ почти юристы были согласны въ томъ, что эти положенія не утратили значенія дѣйствующаго права, что они mutatis mutandis могли и должны были примѣняться къ современнымъ правоотношеніямъ. Еще въ XVIII вѣкѣ не разъ

[1]) Ученіе о рабахъ и либертахъ составляло одну изъ излюбленныхъ темъ для трактатовъ. См. длинный перечень у Libenius, Bibliotheca realis uridica, II стр. 334 и Suppl. I стр. 443, II стр. 369. Большинство авторовъ, впрочемъ совершенно не задаются вопросомъ о пригодности изложенныхъ ими положеній для современной жизни, а разсуждаютъ о нихъ исключительно съ точки зрѣнія римскаго права.

высказывается мнѣніе, что рабство—институтъ естественнаго права, свойственный всѣмъ народамъ и эпохамъ, и обрушиваются съ большою страстностью на вольнодумцевъ, утверждавшихъ, что рабство нецѣлесообразное и противоестественное учрежденіе. Съ другой стороны на примѣненіи всѣхъ положеній о рабахъ къ наемнымъ слугамъ и работникамъ (servi conducticii, famuli), конечно, не настаивалъ ни одинъ изъ болѣе извѣстныхъ комментаторовъ римскаго права. Dominica potestas могла существовать только по отношенію къ крѣпостнымъ и то съ большими ограниченіями.

При такомъ состояніи юридической литературы о наймѣ труда до XIX вѣка [1]) она для нашей цѣли существеннаго интереса представлять не можетъ. Только для иллюстраціи разброда и безпомощности юридической мысли и равнодушія романистической юриспруденціи къ исторически сложившимся видамъ трудовыхъ сдѣлокъ, не укладывавшихся въ римскіе трафареты, мы остановимся на нѣкоторыхъ наиболѣе часто цитируемыхъ спеціальныхъ трактатахъ по этому вопросу и на изложеніи этого ученія въ двухъ наиболѣе распространенныхъ комментаріяхъ.

Въ изслѣдованіяхъ, посвященныхъ спеціально вопросу о наймѣ слугъ, конечно нельзя было не считаться съ нормами, дѣйствовавшими въ жизни, или отдѣлываться одними общими замѣчаніями. Они поэтому даютъ болѣе ясную картину глубокаго разлада между представленіями, властвовавшими надъ умами ученыхъ юристовъ, и реальными явленіями жизни въ области найма труда. Изъ нихъ особенно двѣ работы выгодно отличаются отъ осталь-

[1]) Догматическая исторія договора найма труда въ этотъ періодъ наиболѣе подробно изложена у Endemann'a въ Jahrb. f. Nation. за 1906 г. и у Гуляева ук. соч.

ныхъ глубиною юридическаго анализа и нѣкоторою самостоятельностью по отношенію къ римскому праву,— трактатъ итальянца Бонакоссы [1]), написанный въ концѣ XVI столѣтія, и изслѣдованіе Іогана Фолькмара Бехмана [2]), относящееся къ XVII вѣку.

Первый уже по выбранной авторомъ формѣ исключаетъ возможность обстоятельныхъ разсужденій. Онъ состоитъ изъ 268 казуистическихъ вопросовъ и краткихъ отвѣтовъ на нихъ, подкрѣпляемыхъ ссылками на судебныя рѣшенія и на литературу. Въ этихъ отвѣтахъ скорѣе воспроизведены воззрѣнія, господствовавшія въ жизни, и положенія, позаимствованныя изъ мѣстныхъ источниковъ, чѣмъ римское право. Уже самое слово servus употребляется авторомъ не въ римскомъ смыслѣ: servus est homo liber, qui propter indigentiam non est per se sufficiens ad bene vivendum, quem oportet alii famulari et servire. Разновидность этой обширной категоріи servi т. е. зависимыхъ свободныхъ лицъ составляютъ наемные слуги (famuli conducti) [3]). На цѣлый рядъ вопросовъ, касающихся положенія этихъ лицъ, Бонакосса даетъ отвѣты, не согласные съ римскимъ правомъ. Онъ напр. признаетъ свободныхъ famuli неспособными быть свидѣтелями, «quia vilis est persona» (qu. 240), освобождаетъ господина отъ обязанности къ уплатѣ уже заработаннаго вознагражденія въ случаѣ непокорности слуги (qu. 273), устанавливаетъ законныя предположенія, что длящіеся деликты совершены слугою съ вѣдома и по порученію

---

[1]) Bonacossa, De servis vel famulis въ Tractatus illustrium jurisconsultorum t. VI (Venetiae 1599) стр. 121 сл.

[2]) Ioh. Volkm. Bechmann: Disputatio inaug. jurid. de jure famulorum hodierno, quatenus veteri servorum juri convenit aut ab eo discrepat (Iena 1672).

[3]) Ср. напр. Qu. 47. An dominus tenetur defendere servum suum? Resp: quod sic. Etiam si sit *conductus famulus*.

господина (qu. 63) и что человѣкъ небогатый, поступающій въ услуженіе безъ договора, дѣлаетъ это съ намѣреніемъ получить пропитаніе и плату за свою работу. (qu. 79). Послѣднее онъ основываетъ на началахъ естественнаго права: «Et hoc est de jure naturali, quia tenetur alere illum, cuius opera alitur». Въ прямомъ противорѣчіи съ римскимъ правомъ авторъ допускаетъ возможность наниматься in perpetuum, прибавляя: id est communis oppinio (qu. 85). Тою-же ссылкою на господствующее мнѣніе мотивируется рѣшеніе, что въ случаѣ продолжительной болѣзни слуга получаетъ вознагражденіе только за время, пока онъ фактически служилъ. Но это рѣшеніе, шедшее въ разрѣзъ съ семейноправовымъ характеромъ отношеній, представляется автору «valde dubium» и повидимому несогласнымъ съ требованіями справедливости [1]). Совершенно не въ духѣ римскаго права наконецъ поставленные авторомъ вопросы: «an dominus poterit castigare famulum» и «an Christianus posse esse famulus Iudaei?» Отвѣтъ на первый вопросъ гласитъ: «quod sic, moderate, quia familiaris inimicus pestis est in domu», а на второй: «quod non».

Въ противоположность къ трактату Бонакоссы изслѣдованіе Бехмана имѣетъ строго систематическій характеръ. Въ введеніи онъ указываетъ на двойственность правового положенія наемныхъ слугъ: съ одной стороны они свободные люди и въ этомъ отношеніи равны господину; съ другой—къ нимъ по общепризнанному мнѣнію въ извѣстныхъ предѣлахъ могутъ примѣняться постановленія о рабахъ [2]). Этимъ опредѣляется задача автора:

[1]) Qu. 103 ...Et de rigore juris est communis opinio, quod famulus infirmis non debet habere salarium, secus de infirmitate.

[2]) Bechmann ук. соч., praefatio... quin et ad famulos et ministros libertate hoc seculo non minori quam ipsi heri gaudentes, tamen servorum vetera jura adhiberi, inque suis terminis applicari posse, doctorum schola unanimitur confirmat.

изслѣдовать, въ какой мѣрѣ положеніе современныхъ слугъ регулируется нормами римскаго права. Рѣчь идетъ только о домашнихъ слугахъ, о «ministri familiares ad operas domesticas in certum tempus conducti; germanice vocantur Dienstboten (§ 4)». Поэтому не только officia, quae domestica non sunt, какъ напр. услуги адвоката (§ 7), но также работники, нанятые на короткій срокъ (mercenarii, operarii), хотя бы они въ теченіе этого времени жили и кормились у хозяина, оставляются имъ въ сторонѣ. Отличительный признакъ найма слугъ Бехманъ (§ 10) усматриваетъ въ томъ, что они нанимались не просто на опредѣленный или неопредѣленный срокъ, а на болѣе или менѣе длительный и значительный періодъ времени (quadantenus prolixa notabibilisque temporis periода). Современные слуги (servi hodierni seculi) противополагаются римскимъ рабамъ (servi proprie dicti или Romani), которыми господинъ могъ пользоваться наравнѣ съ вещью. Относительно первыхъ авторъ различаетъ ихъ состояніе, какъ гражданъ (status absolutus), и то положеніе, въ которомъ они находились по отношенію къ своему господину (status relatus). Послѣднее онъ опредѣляетъ такимъ образомъ: слуга самъ по себѣ свободенъ, но онъ на время подъ извѣстными условіями добровольно отрекается отъ осуществленія своей свободы, насколько дѣло идетъ объ исполняемыхъ для господина работахъ, и ради ожидаемыхъ имъ отъ этого выгодъ подчиняетъ свою личность и свои дѣйствія указаніямъ и власти домовладыки» [1]). Мысль о противопоставленіи *заключенія* договора (actus primus) его *исполненію* (actus secundus) проходитъ затѣмъ красною нитью черезъ все сочиненіе Бех-

[1]) Тамъ-же § 15: ...famulus in se quidem liber, ipsum tamen libertatis exercitium, quoad operas Domino praestandos, propter utilitatem sibi inde expectandam, ad tempus, certis sub conditionibus, sponte abdicat, suam personam, suasque actiones nutui ac imperio patrisfamilias subjicit.

мана. Первое зависитъ всецѣло отъ свободнаго соглашенія сторонъ и подлежитъ общимъ началамъ гражданскаго права. При второмъ слуга разсматривается, какъ лицо, добровольно поступившееся свободою самоопредѣленія и потому обязанное творить волю хозяина, насколько она не противорѣчитъ договору (§ 17 и 55). Это же разграниченіе положено Бехманомъ въ основаніе опредѣленія сферы примѣненія римскаго права. Всѣ вопросы, связанные съ заключеніемъ договора онъ разрѣшаетъ согласно съ началами послѣдняго, не стѣсняясь ихъ несоотвѣтствіемъ съ воззрѣніями жизни и съ традиціями средневѣкового права. Для перфекціи договора достаточно неформальное соглашеніе сторонъ, задатокъ же (arrha), по мнѣнію Бехмана, дается лишь pro firmiore certitudine celebrati contractus и всегда въ счетъ вознагражденія. Онъ, далѣе, высказывается за примѣненіе римскихъ положеній о relocatio tacita, но оговаривается, что по обычаю прекращенію договора долженъ предшествовать предварительный отказъ съ соблюденіемъ опредѣленнаго срока (§ 23). Онъ настаиваетъ на соблюденіи римскаго правила: merces non nisi in pecunia numerata consistere potest, хотя тутъ же приводитъ opinio doctorum, по которому merces et in alia re consumptibili constitui possit (§ 29). Всѣ дополнительныя соглашенія о содержаніи, одеждѣ и пр. квалифицируются имъ, какъ pacta adjecta, а договоръ, которымъ обѣщается одно только натуральное вознагражденіе, какъ contractus innominatus (§ 30). Словомъ, соглашеніе сторонъ и всѣ непосредственно вытекающія изъ него послѣдствія, по мнѣнію автора, подлежатъ нормамъ римскаго права, съ однимъ, впрочемъ, отступленіемъ: требованіе вознагражденія пользуется преимущественнымъ удовлетвореніемъ передъ всѣми остальными требованіями частныхъ лицъ. Основаніемъ этой привиллегіи авторъ счи-

таетъ aequitas, statuta et mores speciales [1]) (§ 36—39). Кромѣ того слугѣ въ обезпеченіе его требованія предоставлено своеобразное «jus retentionis»: онъ можетъ не уходить со службы, пока не будетъ удовлетворенъ жалованіемъ.

Совершенно иначе Бехманъ относится къ вопросу объ обязанностяхъ слуги, источникомъ которыхъ является его подчиненіе чужой власти и, «quoad operas praestandas», частичное отреченіе отъ свободнаго самоопредѣленія. Тутъ авторъ лишь изрѣдка прибѣгаетъ къ римскому праву, заимствуя оттуда напр. общія начала о степеняхъ вины, о послѣдствіяхъ случайнаго неисполненія, и т. п. Онъ различаетъ пассивныя и активныя обязанности слуги. Первыя состоятъ въ томъ, что онъ долженъ «переносить и терпѣть» хозяйскую власть и осуществленіе господиномъ вытекающихъ изъ нея правъ [2]). Но хозяйская власть не безпредѣльна. Она не обнимаетъ права надъ жизнью слуги, права подвергать его «суровому» тѣлесному наказанію [3]), права суда надъ нимп по уголовнымъ дѣламъ. Активныя обязанности заключаются вообще въ obsequium, и въ частности, въ исполненіи требуемыхъ господиномъ работъ. Когда въ договорѣ опредѣлено, для какихъ работъ слуга нанятъ, онъ долженъ исполнять другія, кромѣ условленныхъ, лишь, «насколько ему велятъ скромность, благодарность или крайняя необходимость». Необязательно для слуги требованіе работъ, несоотвѣтствующихъ его возра-

---

[1]) Тотъ-же § 39: Quia tamen operis famulorum tota debitoris familia ejusque bona et facultates augentur et conservantur, aequissimum duxerunt statuta et mores speciales, ipsos operarum suarum effectu et commodis in receptione crediti sui prae aliis omnibus frui... omnibus creditoribus erunt praeferendi, ut sudoris sui fructu gaudeant.

[2]) Тамъ-же § 45: ...jura illa, quae habet in servum dominus, quaeque ut in se exerceatur ferre debent ac pati servi.

[3]) «Jus severae castigationis». Авторъ прибавляетъ: «leviorem castigationem hero non esse denegandam».

«ту и силамъ [1]). Но въ этихъ предѣлахъ онъ обязанъ исполнять все, «quod modo quolibet profuturum et complaciturum domino».

Дальнѣйшее изложеніе ученія объ обязанностяхъ слуги, о послѣдствіяхъ нхъ неисполненія, и, въ особенности, объ одностороннемъ расторженіи договора, представляетъ пеструю смѣсь германскихъ и римскихъ началъ. Гдѣ только есть возможность, авторъ обосновываетъ свои положенія ссылками на corpus juris. Но исходною точкою и руководящею нитью служитъ взглядъ на наемъ слуги, какъ на добровольное отреченіе отъ свободнаго самоопредѣленія,—взглядъ чуждый римскому праву.

Несмотря на относительную независимость Бехмана отъ римскаго права, его ученіе, по собственному его признанію, не разъ идетъ въ разрѣзъ съ установившимися въ жизни воззрѣніями. По нѣкоторымъ вопросамъ онъ, въ виду такого разлада, уклоняется отъ прямого отвѣта, какъ напр. по практически очень важному для той эпохи вопросу: an liber homo se obligare queat ad perpetuam operarum exhibitionem? (§ 96) Пожизненный наемъ, говоритъ онъ, во всякомъ случаѣ не превращаетъ наемника въ раба, но «я боюсь утверждать, что подобное pactum ministerii perpetui (по дѣйствующему праву) не имѣютъ силы».

Попытки согласованія господствовавшей въ жизни формы трудового отношенія съ положительнымъ правомъ, подобныя работѣ Бехмана, составляли въ юридической литературѣ XVI и XVII вѣковъ исключительное явленіе. Вопросъ о наймѣ труда, обыкновенно, какъ мы уже говорили, разсматривался только въ тѣхъ границахъ, въ

---

[1]) Тамъ-же § 53: ...a ceteris heri jussionibus esse immunis videtur, nisi in quantum et harum quasdam expediri lex modestiae et gratitudinis, vel urgens etiam necessitas imperaverit. Nec eum audiendus est, qui poscit operas, quias vel aetas recusat vel infirmitas corporis non patitur.

какихъ онъ затрогивается въ Corpus juris, и подъ угломъ зрѣнія римскихъ юристовъ. На воззрѣнія и нужды современной жизни не обращали никакого вниманія или о нихъ упоминали лишь мимоходомъ. Примѣрами могутъ служить популярные въ свое время комментаріи Донелла и Воэта, между появленіемъ которыхъ лежитъ промежутокъ болѣе, чѣмъ въ 100 лѣтъ.

Первый начинаетъ главу о locatio conductio [1]) обычнымъ указаніемъ на его сходство съ emptio venditio. Вся разница, по мнѣнію Донелла, заключается въ томъ, что при куплѣ pecunia datur pro re, а при наймѣ—pro usu rei aut operae (factorum). Между usus rerum и factorum существуетъ двоякая разница: 1) не всѣ facta могутъ быть предметомъ locatio conductio; есть facta locari non solita; 2) при l. c. rei locator'омъ всегда называется лицо, обѣщавшее предоставленіе вещи въ пользованіе и ему всегда принадлежитъ actio locati; при l. c. factorum иногда и тотъ, кто платитъ деньги, называется locator'омъ и имѣетъ actio locati. Перестановку названій и исковъ при l. c. operarum и operis Донеллъ объясняетъ тѣмъ, что работникъ иногда исполняетъ порученную ему работу своимъ иждивеніемъ (sua impensa), иногда нѣтъ. Въ первомъ случаѣ, замѣчаетъ онъ, есть полное основаніе говорить про лицо, поручившее другому исполненіе работы въ цѣломъ, что оно «opus faciendum locat», а про принявшаго на себя порученіе, что онъ «faciendum conducit». Первый «quodammodo pecunia sua emere videtur, ut sibi tradatur opus faciendum». Но Донеллъ этому различію не придаетъ значенія [2]). Существенны для понятія locatio

---

[1]) Donelli Commentarius de jure civili ed. Bucher (1822) vol. VII lib. XIII cap. VI.

[2]) Перестановка названій и исковъ, для которой мы въ источникахъ не находимъ объясненія, вообще очень занимала юристовъ, но сй не придавили сколько нибудь серьезнаго практическаго значенія. Высказанная

conductio, по его мнѣнію, только три момента: предметъ пользованія, вознагражденіе и соглашеніе о томъ и другомъ [1]). Послѣдствія договора въ общемъ одни и тѣже, обѣщана ли вещь или дѣятельность, но во второмъ случаѣ возникаетъ нѣсколько спеціальныхъ вопросовъ, въ особенности вопросъ объ отвѣтственности работника въ случаѣ гибели изготовленной имъ для заказчика вещи до и послѣ approbatio. О разницѣ между l. c. operis и operarum Доннеллъ болѣе не упоминаетъ, хотя самъ въ другомъ мѣстѣ [2]) повторяетъ римское опредѣленіе operae, какъ diurnum officium, исключающее возможность ихъ отождествленія съ opus. Особенностей найма слугъ и работниковъ въ современной жизни Доннеллъ совершенно не касается.

Голландецъ Воэтъ [3]) выгодно отличается отъ другихъ романистовъ своей эпохи тѣмъ, что не удѣляетъ много вниманія институтамъ, утратившимъ практическое значеніе, и не настаиваетъ на примѣненіи римскихъ положеній тамъ, гдѣ это явно противорѣчитъ сложившимся въ жизни правовымъ воззрѣніямъ. Онъ уже въ заглавіи обѣщаетъ изложить въ своемъ комментаріи, кромѣ Romani juris prin-

---

еще въ XVI вѣкѣ Коннаномъ (ср. Гуляевъ ук. соч. стр. 170 сл.) предположеніе, что она тѣсно связана съ первоначальнымъ бытовымъ значеніемъ словъ locatio и conductio (a prima et communi verborum significatione sumptum), осталось незамѣченнымъ. Нѣкоторые юристы видѣли въ мѣняющейся терминологіи римлянъ, говорившихъ то объ operae, то объ opus и называвшихъ работника то locator'омъ, то conductor'омъ, простую лишенную юридическаго смысла, игру словъ. См. напр. Sam. Strykius, Usus modernus Pand. XIX, 2 § 2: et quamvis occasione hujus textus (l. 22 § 2 D. h. t.) curiosi sint Doctores in ostendenda differentia conductionis operae et operis, re vera tamen tantum lusus circa vocem est.

[1]) См. loc. cit. § 6... apparet ex omnibus, cuiuscumque modi locatio sit, omnem tria haec desiderare: rem, de cuius usu agatur, pecuniam eandemque mercedem, quae pro usu praestetur, et conventionem de his rebus ita praestandis.

[2]) См. lib. II c. XVIII § 1: opera est diurnum officium, id est, quantum quisque interdiu operando efficere potest cp. (index s. v. operae).

[3]) Voetus, Comment. ad Pandectas (3 изд. 1716 г.).

cipia ac controversias illustriores, jus etiam hodiernum et praecipue fori quaestiones.

Однако въ главѣ о locatio conductio Воэтъ излагаетъ пространно только римское ученіе, упоминая лишь вскользь о сложившихся въ хозяйственномъ быту разновидностяхъ этого договора. Locatio conductio онъ опредѣляетъ, какъ «contractus bonae fidei consensu constans de usu vel opera cum mercede commutanda». Usus и operae (tam liberorum hominum, quam servorum) Воэтъ признаетъ «главными предметами» (praecipua objecta) договора. На ряду съ ними таковымъ можетъ также быть «opus» [1]). Однако при дальнѣйшемъ изложеніи онъ подробно останавливается только на locatio conductio operis. Договору же loc. cond. operarum, какъ отдѣльному виду, онъ посвящаетъ всего два три замѣчанія. Operae въ его глазахъ только разновидность res и потому все, что имъ говорится о locatio conductio rei, относится также къ найму труда. Съ другой стороны онъ и разницѣ между l. c. operarum и operis придаетъ только формальное значеніе. Она сводится къ тому, что при loc. cond. operis conductor mercedem accipit, locator dat, а при loc. cond. operarum наоборотъ. Воэтъ приводитъ также важнѣйшія спеціальныя постановленія дѣйствовавшаго права, касавшіяся famulos et ancillas. Они не имѣютъ собственнаго domicilium, а считаются домицилированными въ домѣ своего господина, ибо «хотя они не принадлежатъ къ составу семьи, но, какъ показываетъ опытъ, они большею частью, уходя изъ мѣста жительства, больше уже не разсчитываютъ туда вернуться [2]). Отвѣтственность господъ за

[1]) Тамъ-же § 33 Praetur usum et operas—praecipua locationi objecta—etiam opus locari potest, ut scilicet interveniente artificis opera fiat, qui illud conducit seu redimit faciendum...

[2]) Тамъ-же V, 1, 96: ...etsi liberi sint et certa mercede conducti nobis operas praestent, nec familiae nostrae perpetuo addicti sint, tamen... plerumque eos recedere animo non revertendi, experientia testatur.

деликты слугъ [1]) и, по сдѣлкамъ, совершеннымъ отъ ихъ имени слугами [2]), построена на совершенно другихъ началахъ, чѣмъ въ римскомъ правѣ. Въ отступленіе отъ нормы nemo cogitur ad faciendum ученикъ, который въ послѣдній годъ выучки, самовольно уходитъ отъ мастера, можетъ быть возвращенъ силою. Тоже самое, прибавляетъ Воэтъ, установлено обычаемъ относительно слугъ, уходящихъ до срока, если только поводомъ для этого не служило вступленіе въ бракъ [3]). Въ заключеніе Воэтъ упоминаетъ о существованіи различныхъ спеціальныхъ узаконеній (varia edicta), касающихся договоровъ со шкиперомъ и корабельными служащими, перевозки товаровъ, найма рыбаковъ и др., но не излагаетъ ихъ содержанія. У него нѣтъ никакого сомнѣнія, что всѣ эти сдѣлки, насколько для нихъ не установлено спеціальныхъ нормъ, должны обсуждаться по римскимъ началамъ о locatio conductio. Хотя изложеніе Воэта и не такъ далеко отъ жизни, какъ Донелла и большинства другихъ комментаторовъ, но и онъ обходитъ почти полнымъ молчаніемъ всѣ вопросы, связанные съ типичнымъ для этой эпохи подчиненіемъ слугъ и работниковъ хозяйской власти нанимателя.

---

[1]) Тамъ-же IX, 4, 10. Actiones noxales Воэтъ считаетъ антиквированными. Когда деликты совершены in officio aut ministerio, господа по общему правилу отвѣчаютъ солидарно съ непосредственнымъ виновникомъ. Но, если они докажутъ, что не могли ни знать, ни предотвратить деликта, они отвѣчаютъ только въ предѣлахъ слѣдуемой виновнику заработной платы (ultra mercedem obligati non sunt).

[2]) Тамъ-же § 11. Caeterum moribus hodiernis domini et famulorum et ancillarum contractibus aut factis, quibus ipsi auctoritatem ac consensum non accommodarunt, non tenentur ultra mercedem pro operis constitutam et necdum solutam; nisi aliud municipali lege certis in casibus inveniatur dispositum (слѣдуетъ перечень этихъ certi casus).

[3]) Тамъ-же § 27, et de famulis ac ancillis impestive recedentibus ...usu firmatum est, nisi nuptiarum causa ante tempus migrare festinent.

Намъ остается бросить бѣглый взглядъ на исторію найма труда въ нашемъ отечествѣ. Мы можемъ не вдаваться въ подробное изложеніе и обсужденіе многочисленныхъ разногласій по относящимся сюда вопросамъ, такъ какъ они подробно освѣщены въ спеціальной литературѣ. Мы же ограничимся лишь общею характеристикою главнѣйшихъ правовыхъ институтовъ, при помощи которыхъ у насъ удовлетворялась потребность въ служебномъ трудѣ.

Также какъ на Западѣ, у насъ на первыхъ порахъ поступленіе въ услуженіе было равносильно отреченію отъ свободнаго состоянія и самая мысль о совмѣстимости службы съ личною свободою прививалась лишь постепенно.

По Русской Правдѣ наемъ въ услуженіе только тогда не велъ къ холопству для нанимающагося, когда это именно было выговорено въ договорѣ.

> А се третьее холопьство, тивуньство безъ ряду или привяжеть ключь къ собѣ безъ ряду; съ рядомъ ли, то како ся будеть рядилъ, на томъ же и стоить [1]).

Фактическое поступленіе на службу безъ ряда влекло за собою полное холопство, но путемъ оговорки (рядъ) можно было сохранить свою свободу. Въ соглашеніи, коимъ сопровождался добровольный переходъ въ холопство, заключались зачатки консенсуальнаго договора личнаго найма. Но время для его полнаго развитія еще не настало. Повидимому наемъ съ рядомъ практиковался не часто. По крайней мѣрѣ Русская Правда только намекаетъ на него, и то въ связи съ должностью тивуна или

---

[1]) Ст. 142 по изд. В. П. Сергѣевича, Русская Правда въ четырехъ редакціяхъ 2 изд. Спб. 1911. Въ Карамз. спискѣ (ст. 121) слова «безъ ряду» послѣ «или ключъ къ себѣ призяжеть» не повторяются.

ключника, занимавшаго первое мѣсто въ домашнемъ хозяйствѣ [1]).

Правовою формою для отдачи свободнымъ человѣкомъ своего труда въ эпоху Русской Правды было закупничество. Въ литературѣ спорятъ [2]), былъ-ли закупъ «заложившимся за долгъ человѣкомъ, разсчитывавшимся со своимъ кредиторомъ службою» или же «наймитомъ», получившимъ впередъ извѣстную сумму. Изъ относящихся сюда постановленій Русской Правды можно только заключить, что это было лицо, лишенное права отходить отъ своего хозяина, пока онъ долга своего не заплатилъ или не отработалъ. За самовольный уходъ, кромѣ опредѣленныхъ случаевъ, ему грозило обращеніе

[1]) «Ключъ» у насъ, какъ и по древне-германскому праву, служилъ символомъ власти. См. Сергѣевичъ, Русскія юридическія древности т. I (Спб. 1902) стр. 126; Павловъ-Сильванскій, Сочиненія т. III стр. 442.

[2]) Несмотря на довольно обширную литературу вопроса о юридической природѣ закупничества его еще нельзя считать окончательно выясненнымъ. Мейеръ (Юрид. Сборникъ стр. 225 сл.) и Неволинъ (Пол. Собр. сочин. V стр. 189 сл.), къ которымъ въ послѣднее время присоединились М. Н. Ясинскій (Закупы Русской Правды и памятниковъ западно-русскаго права въ Сборникѣ статей по исторіи права, посвящен. М. Ф. Владимірскому-Буданову, Кіевъ 1904 г.), Goetz. (Das russische Recht въ Ztsch. f. vergl. Rechtswiss. т. XXVIII стр. 266 сл.) и др., видятъ въ немъ самозалогъ въ обезпеченіе долга, подлежавшаго погашенію посредствомъ отработки. Рейцъ, Опытъ Исторіи росс. госуд. и гражд. законовъ (перев. Морошкина) § 54, Сергѣевичъ, Юрид. Древн. I стр. 189 сл. и рядъ другихъ изслѣдователей, наоборотъ, считаютъ закупа (закупнаго человѣка) наемникомъ, т. е. лицомъ, служившимъ по найму, въ противоположность къ обельному холопу. Связь закупничества съ займомъ категорически отрицается также въ новѣйшемъ изслѣдованіи проф. Удинцева, затронувшемъ этотъ вопросъ (Вс. Удинцевъ, Исторія займа, Кіевъ 1908 г. стр. 146 слѣд.). Третья группа, къ которой принадлежатъ такіе авторитетные ученые, какъ проф. Владимірскій-Будановъ (Христоматія I стр. 58 прим. 97), Чичеринъ (Опыты по исторіи русскаго права, 1858, стр. 154), Ключевскій (Происхожденіе крѣпостного права въ Россіи, въ Русской Мысли, 1885 г. № 8) отказываются признать закупничество чистымъ видомъ займа или личнаго найма. Это—contractus sui generis, содержавшій, на ряду съ займомъ, элементы другихъ договоровъ. Болѣе подробный обзоръ различныхъ взглядовъ и литературы вопроса см. въ указ. сочин. Ясинскаго и Удинцева.

въ полное холопство (обель). Экономическая сущность закупничества, не зависимо отъ того, было ли оно юридически ближе къ займу или къ найму труда, могла заключаться въ предоставленіи закупомъ своей рабочей силы лицу, выдавшему ему впередъ извѣстную сумму. Имъ несомнѣнно устанавливалась условная и срочная зависимость работника отъ лица, пользовавшагося его трудомъ. Русская Правда (Кар. ст. 73) называетъ закупа «наймитомъ», но смыслъ этого термина не совсѣмъ ясенъ. Нельзя съ увѣренностью сказать, что онъ означалъ въ данномъ случаѣ тоже, что «наемное лицо».

Закупъ былъ лично свободнымъ, хотя и прикрѣпленнымъ ко двору своего вѣрителя человѣкомъ. Иногда ему отводился участокъ земли для обработки и для этой цѣли господинъ ссужалъ ему необходимыя на обзаведеніе деньги или инвентарь. Иногда онъ получалъ вознагражденіе (копоу, купу) [1]). У него могло быть и собственное имущество, а у работника—землепашца («ролейнаго» закупа отъ слова «ролья»—пашня) также собственныя орудія и своя лошадь («свойскій конь»).

Кар. сп. ст. 73: Оже господинъ приобидить закоупа, оувѣдеть враждоу и оувередить цѣноу, а введеть вкоупоу (въ друг. списк.: купу, копу, копну) его или отарицоу, то то емоу все воротити, а за обиду емоу платити 60 коунъ; аще ли приметь на немъ кунъ, то опять емоу воротити куны, что боудеть принялъ, а за обидоу емоу платити три гривны продажи; продасть ли господинъ закоупа обель то и наймиту слобода въ всѣхъ коунахъ, а господину платити за обидоу 12 гривенъ продажи; аще ли господинъ бьетъ закоупа про дѣло, то безъ вины есть; бьетъ ли не смысля пиянъ, безъ вены, то яко же свободномоу платити, тако въ и закоупѣ.

[1]) Значеніе слова «купа» очень спорно. Одни (Сергѣевичъ) понимаютъ его въ смыслѣ наемной платы, другіе (Владимірскій-Будановъ) въ смыслѣ доли полевыхъ произведеній (копенъ), третьи (Соболевскій) какъ «средства къ пропитанію».

Согласно этой статьѣ на закупа возлагалась имущественная отвѣтственность за убытки, причиненные хозяину умышленно или по небрежности. Уже это доказываетъ, что онъ обладалъ правоспособностью свободнаго человѣка. Какъ таковой онъ могъ вступать въ сдѣлки отъ своего имени, напр. занимать деньги [1]), обращаться въ судъ съ исками и жалобами даже на своего господина [2]). Но долговыя обязательства закупа могли служить для третьихъ лицъ источникомъ правъ на его личность и такимъ образомъ вести къ коллизіямъ съ хозяйской властью. Русская Правда предусматриваетъ этотъ случай только относительно отвѣтственности за деликты. За совершенное закупомъ недозволенное дѣйствіе имущественную отвѣтственность несетъ его господинъ, которому за то предоставлялось право обратить провинившагося закупа въ полнаго холопа. Если-же онъ не желалъ платить за закупа и въ тоже время не хотѣлъ терять выданныхъ ему впередъ денегъ, онъ могъ его продать въ холопство и, уплативъ слѣдуемую сумму, «прокъ взяти себѣ» [3]).

Сохранивъ свою свободу и правоспособность, закупъ все-же въ силу заключеннаго имъ договора, подвергался нѣкоторому умаленію своихъ правъ. Хозяинъ могъ его

---

[1]) Такъ понимаетъ выраженіе «искати кунъ» въ ст. 70 Кар. ст. (см. слѣдующее примѣч.) Сергѣевичъ, Юридическія Древности I стр. 181; Владимірскій-Будановъ (Христом. I стр. 58 прим. 98), наоборотъ, толкуетъ его въ смыслѣ предъявленія иска къ хозяину. Но на послѣднемъ никакихъ обязательствъ по отношенію къ закупу, кромѣ обѣщанной платы, не лежало, а плата нигдѣ, кажется, не обозначается терминомъ «кунъ», а называется то «купою» (копою), то «цѣною». Ср. Троицкій Сп. (изд. Калачева) 53, 115, Кар. 73.

[2]) Кар. 70. Оже закоупныи (scil. человѣкъ) бѣжить отъ господина, то обелъ, идеть ли искати кунъ, а явленно ходить къ князю или къ судиямъ бѣжить обиды дѣля своего господина, то про то не робятъ его, но дати емоу правда. Ср. Тр. 52.

[3]) Тр. 57.

наказывать безъ суда «про дѣло» [1]). Свидѣтельство закупа на судѣ принималось только по незначительнымъ дѣламъ [2]). А главное: закупъ до отработки долга или его уплаты не могъ оставлять службы. За бѣгство, какъ мы уже говорили, ему грозило обращеніе въ полное холопство, кромѣ только случая, когда онъ открыто отлучался для займа денегъ или для принесенія жалобы на своего господина [3]).

Такимъ образомъ закупничество несомнѣнно сопряжено было съ подчиненіемъ закупа власти хозяина-кредитора. Русская Правда, однако, ставитъ этой власти извѣстные предѣлы. Такъ должникъ-работникъ во всякое время могъ освободиться отъ службы уплатою полученной впередъ суммы, хотя бы срокъ еще не истекъ. Такой досрочный уходъ не разсматривался какъ бѣгство и не влекъ за собою обращенія въ холопство.

Тр. 105: Вда (А въ дачь) цѣну не холопъ, ни по хлѣбѣ роботять, ни по придатѣцѣ; но оже не доходѣть года [4]), то ворочати емоу милость, отходить ли, то не виновать есть.

Кар. 122. Вдачь не холопъ, а инии по хлѣбѣ робять, ни по придатцѣ; но оже не ходять годъ, то ворочати емоу милость, отходить ли, но не виноватъ есть.

---

[1]) Тр. 55. Аже господинъ бьетъ закупа про дѣло, то безъ вины есть. Биеть ли не смысля пьянъ, а безъ вины, то якоже въ свободнѣмь платежъ, такоже и въ закупѣ. См. выше стр. 284.

[2]) Тр. 59. А въ малѣ тяжѣ, по нужи, възложити (послушество) на закупа.

[3]) См. выше стр. 285 прим. 2 и Тр. 52: Идетъ ли (закупъ) искать кунъ, а явлено ходить или ко князю, или къ судиямъ бѣжить обиды дѣля своего господина: то про то не робять его, но дати ему правдоу.—Изъ этого мѣста видно, что закупъ жилъ во дворѣ хозяина. Въ предоставленіи права искать денегъ для расплаты съ хозяиномъ косвенно заключалась возможность искать другого господина т. е. мѣнять службу.

[4]) Слово «годъ» одними понимается въ смыслѣ срока вообще, другими въ смыслѣ годового срока.

Право господина наказывать закупа «про дѣло» не освобождало его отъ отвѣтственности за обиду дѣйствіемъ, нанесенную имъ «безъ вины» [1]) или за нарушеніе имъ своихъ договорныхъ обязанностей. Онъ, далѣе, не имѣлъ права распоряжаться имуществомъ или личностью закупа и—въ частности—не могъ возлагать на него безвозмездно отработку своихъ долговъ, («принятi на закупѣ кунъ»), а тѣмъ болѣе продать его въ полное холопство. Въ первомъ случаѣ съ хозяина, кромѣ штрафа, взыскивалась въ пользу закупа вся отработанная имъ для господина сумма, во второмъ,—«наймиту» давалась «слобода во всѣхъ кунахъ», другими словами онъ освобождался отъ обязанности отслуживать свой долгъ (Кар. 73).

Со всѣми этими ограниченіями власть хозяина надъ закупомъ была очень широкая и фактическое положеніе послѣдняго едва-ли существенно отличалось отъ положенія несвободной челяди. Надо думать, что по воззрѣніямъ той эпохи, центръ тяжести при договорѣ съ закупомъ лежалъ именно во временномъ подчиненіи имъ своей рабочей силы власти господина, что онъ былъ прежде всего зависимымъ работникомъ [2]), а выдача впередъ извѣстной суммы была очень часто лишь формою заключенія договора, прикрывавшую ея истинную цѣль. Къ этой формѣ прибѣгали потому, что она, въ виду тяготѣвшей надъ должникомъ угрозы обращенія въ холопство, служила надежнымъ средствомъ для предотвращенія его самовольнаго ухода. Съ другой стороны она и работнику давала возможность сохранить свою свободу и путемъ уплаты избавиться отъ ограниченій, связанныхъ со службою. Эта форма и наиболѣе соотвѣтствовала духу Рус-

---

[1]) См. выше стр. 286 прим. 1.

[2]) Удинцевъ указ. соч. стр. 167.

ской Правды, являвшейся по выраженію Ключевскаго [1]) «по преимуществу уложеніемъ о капиталѣ». «Имущество человѣка, говоритъ этотъ ученый (стр. 299), въ Правдѣ цѣнится не дешевле, а даже дороже самого человѣка, его здоровья, личной безопасности. Произведеніе труда для закона важнѣе живого орудія труда—рабочей силы человѣка..., имущественная безопасность, цѣлость капитала, неприкосновенность собственности обезпечиваются въ законѣ личностью человѣка...

Слова «закупъ, закупень, закупный человѣкъ» встрѣчаются въ актахъ и памятникахъ—особенно западнорусскаго права—до конца XVI вѣка [2]). Но они употребляются не всегда въ одномъ и томъ-же смыслѣ и нельзя съ увѣренностью сказать, что они сохранили то значеніе, какое имѣли въ Русской Правдѣ. Во всякомъ случаѣ обѣщаніе службы въ видѣ отработки долга не выходитъ изъ употребленія, а принимаетъ болѣе опредѣленныя и стѣснительныя для работника формы, при которыхъ не только фактически, но и юридически почти стушевывается разница между наемнымъ работникомъ и несвободнымъ холопомъ.

До послѣдней четверти прошлаго столѣтія большинство изслѣдователей сходились въ томъ, что закупничество въ удѣльной Руси продолжало существовать подъ названіемъ

[1]) Курсъ русской исторіи ч. I (изд. 3) стр. 304. Др. мн. проф. Удинцевъ указ. соч. стр. 30.

[2]) См. матеріалы, привед. у М. Н. Ясинскаго ук. соч. гл. II, и критическую оцѣнку его выводовъ у проф. Удинцева стр. 152 сл. Въ ст. 18 Псковской Судной Грамоты также употребляется терминъ «закупенъ; А кто по волости ходитъ закупенъ или скотникъ и т. д. Въ немъ нѣкоторые видятъ закупа Русской Правды. См. напр. Владимірскій-Будановъ, Христ. I стр. 134 прим. 52. Но содержанію этой статьи, кажется, болѣе соотвѣтствуетъ толкованіе этого термина въ смыслѣ странствующаго торговца (Энгельманъ, Сергѣевичъ и др.). Устряловъ нѣсколько произвольно переводитъ его словомъ «заимодавецъ».

закладничества [1]), а въ Московскомъ государствѣ получило свое полное развитіе въ институтѣ служилой кабалы [2]). Въ правильности этого мнѣнія въ послѣднее время однако высказываются серьезныя сомнѣнія.

Институту закладничества посвященъ рядъ содержательныхъ изслѣдованій покойнаго Павлова-Сильванскаго [3]), въ которыхъ онъ развиваетъ и подробно обосновываетъ мысль, уже раньше высказанную вскользь Соловьевымъ, Бѣляевымъ и другими историками, что закладничество въ техническомъ смыслѣ вовсе не означало займа, обезпеченнаго самозакладомъ должника. «Глаголъ «закладываться» въ древности, какъ кажется, никогда не употреблялся въ приписываемомъ ему теперь смыслѣ; во всякомъ случаѣ обыкновенно—и особенно въ сочетаніи: «заложиться за кого-нибудь»,—онъ имѣлъ значеніе: закрываться, защищаться, сохраняя первоначальный смыслъ слова «закладывать»=класть за, откуда—закрывать» (стр. 9) [4]). «Закладни удѣльнаго періода, это не люди, заложившіе себя за долги, а люди, предавшіеся на чью либо защиту, отдавшіеся подъ чье либо покровительство—кліенты, поручившіе себя защитѣ патрона» (соч. I стр. 332). Къ этому ихъ побуждало стремленіе уйти отъ тягла и повинностей и оградить себя при помощи сильныхъ и богатыхъ отъ безправія и нужды. Въ XVI вѣкѣ начинается борьба правительства съ самоволь-

[1]) Чичеринъ, Опыты, стр. 54, Мейеръ ук. соч. стр. 225, Неволинъ ук. соч. стр. 147, 190, 194 и др.

[2]) См. напр. Владимірскій-Будановъ Христом. т. III стр. 90 прим. 11 и Обзоръ стр. 665 слѣд., Ключевскій въ Русской Мысли за 1885 г. кн. 8 стр. 11 и слѣд. Ср. Опыты и изслѣдованія стр. 212 сл.

[3]) Закладничество—Патронатъ Спб. 1897 г. (сочин. III стр. 308 слѣд.), Его же «Люди кабальные и закладные», въ Ж. М. Н. Пр. за январь 1895 г. и сочин. т. I стр. 301 и слѣд.; Ср. соч. III стр. 677; тамъ-же обзоръ литературы вопроса.

[4]) Ср. сочин. III, стр. 311 сл.

нымъ уходомъ отъ тягла. Она велась между прочимъ также противъ закладничества—патроната, но не противъ самозалога въ обезпеченіе денежной сдѣлки, практиковавшагося безпрепятственно въ очень широкихъ размѣрахъ.

Критическій разборъ теоріи г. Павлова-Сильванскаго не входитъ въ нашу задачу [1]). Этотъ ученый доказываетъ что закладничество служило способомъ установленія зависимыхъ отношеній для свободныхъ лицъ, формою поступленія подъ господскую власть. Его теорія слѣдовательно только подтверждаетъ предположеніе, что оно служило суррогатомъ найма труда. Этому отнюдь не противорѣчитъ утвержденіе его и проф. Удинцева, что закладничество ни съ закупничествомъ, ни съ самозалогомъ ничего общаго не имѣло. Весьма вѣроятно, что зависимыя отношенія съ цѣлью временнаго подчиненія рабочей силы одного человѣка господской власти другого у насъ устанавливались не однимъ, а разными способами.

Начиная съ XVI вѣка, такимъ способомъ была служилая кабала [2]). Въ ней господствующее мнѣніе видитъ заемное обязательство, соединенное съ обѣщаніемъ должника служить заимодавцу, но уже не въ отработку капитальнаго долга, а «за ростъ», слѣдовательно отдѣльно отъ обязательства къ уплатѣ капитальнаго долга. Эти условія были очень тяжелыми. Если тѣмъ не менѣе законодательство въ московскомъ періодѣ содѣйствовало развитію въ хозяйственной жизни отдачи труда въ формѣ служилой кабалы, то въ этомъ нельзя не ви-

---

[1]) Критикѣ его теоріи посвящена спеціальная статья покойнаго проф. Сергѣевича въ Ж. М. Н. Пр. за 1901 г., № 9 стр. 111 и слѣд. См. отвѣтъ Павлова-Сильванскаго въ томъ же журналѣ за 1901 г., № 10 стр. 444 и слѣд и Сергѣевичъ, Юрид. Древн. (2 изд.) I стр. 165 сл.

[2]) Сергѣевичъ, Юридическія Древности I стр. 153, Ключевскій, Происх. крѣп. права, стр. 16 и статьи, указ. въ предшеств. примѣч.

дѣть той-же тенденціи къ обезпеченію хозяевамъ зависимаго, стѣсненнаго въ свободномъ передвиженіи, контингента рабочихъ, какую мы наблюдали на Западѣ [1]). Неимущій работникъ, обязанный отдавать кредитору весь свой трудъ за ростъ, фактически не имѣлъ возможности расплатиться съ нимъ. Онъ могъ только заключить новый заемъ т. е. перемѣнить господина. Первоначально обязательство не прекращалось ни смертью кредитора, ни смертью должника, а переходило къ ихъ наслѣдникамъ, какъ всякое имущественное отношеніе. Но въ жизни на эту сдѣлку все же не смотрѣли, какъ на настоящій заемъ, и работодатель въ громадномъ большинствѣ случаевъ вовсе не расчитывалъ на возвращеніе капитальной суммы. Поэтому вошло въ обычай въ духовныхъ завѣщаніяхъ прощать кабальнымъ ихъ долгъ и «отпускать ихъ на волю» [2]). Но формально это было актомъ милосердія, всецѣло зависѣвшій отъ доброй воли господина.

Ученые, по мнѣнію которыхъ сущность закупничества состояла въ займѣ, соединенномъ съ самозакладомъ должника, вполнѣ послѣдовательно усматриваютъ въ служилой кабалѣ лишь видоизмѣненіе этого института. Но для тѣхъ, кто въ закупѣ видитъ наемнаго работника (наймита), а въ кабальномъ—безсрочнаго (позднѣе пожизненнаго) должника, отрабатывавшаго проценты на занятый капиталъ, возникаетъ вопросъ, когда и въ силу какихъ бытовыхъ основаній зародилось это новое явленіе въ правовой жизни? Сергѣевичъ [3]), относя его къ концу XIII вѣка, говоритъ, что оно «возникло въ силу житейской

[1]) См. выше стр. 258 сл. и Удинцева, ук. соч. стр. 176 сл.

[2]) Отпущеніе юридически свободныхъ кабальныхъ «на волю» вызываетъ недоумѣніе. См. по этому поводу Сергѣевича, Юрид. Др. I стр. 155 и 166 и Павлова-Сильванскаго въ Ж. М. Нар. Просв. 1895 кн. I.

[3]) Юрид. Др. I стр. 154.

практики», но онъ не останавливается на подробностяхъ этой практики. Ключевскій [1]) высказываетъ предположеніе о произошедшемъ въ хозяйственной жизни переворотѣ, заставившемъ многихъ самостоятельныхъ хозяевъ «входить въ долговыя обязательства, устанавливавшія неволю временную и условную», т. е. поступать въ зависимыя (служебныя) отношенія. Но и онъ не объясняетъ, чѣмъ былъ вызванъ и въ чемъ заключался этотъ экономическій переворотъ. Павловъ-Сильванскій [2]) видитъ причину появленія въ началѣ XVI вѣка кабальнаго холопства съ правомъ должника откупиться отъ него уплатою долга въ отливѣ населенія изъ центральной области на окраины и въ уменьшеніи значенія плѣна, какъ источника рабства [3]). Вызванный этими причинами недостатокъ въ рабочихъ рукахъ и побуждалъ, по его мнѣнію, хозяевъ, принимавшихъ къ себѣ въ домъ, въ качествѣ слугъ и рабочихъ, неимущихъ людей или банкротовъ, соглашаться на болѣе льготныя условія, чѣмъ полное холопство, а именно на предоставленіе имъ права выкупа на волю. Юридически такіе работники не становились холопами, (хотя иногда въ актахъ еще обозначаются этимъ терминомъ), а заемщиками («серебренниками») т. е. свободными лицами, обязанными «по кабаламъ за рость служити», пока они сами или кто нибудь другой за нихъ не заплатятъ указанной въ кабалѣ суммы, но фактически

[1]) Опыты и изслѣдов. стр. 230 сл.

[2]) Сочин. I, стр. 311 и слѣд.

[3]) Плѣнъ съ середины XVI столѣтія пересталъ быть источникомъ полнаго рабства. Въ 1556 году изданъ былъ законъ, согласно которому плѣнные поступаютъ не въ полное, а въ пожизненное холопство т. е. до смерти господина. Однако Уложеніе (XX, 61) снова постановило, что плѣнники могутъ быть предметомъ распорядительныхъ актовъ (отдачи въ приданое, отказа и др.). См. Сергѣевичъ, I стр. 138, Владимірскій-Будановъ, Обзоръ стр. 403, Лохвицкій, О плѣнныхъ по древнерусскому праву (1855).

ихъ положеніе ничѣмъ, кромѣ права на выкупъ, не отличалось отъ положенія добровольныхъ холоповъ [1]).

Развитіе хозяйственной жизни и отливъ населенія на окраины [2]), естественно долженъ былъ породить стремленіе къ болѣе интенсивному прикрѣпленію работника. Оно и привело къ тому, что вмѣсто службы для отработки капитальнаго долга стали прибѣгать къ обѣщанію службы «за ростъ», при которомъ работникъ на неопредѣленное время попадалъ въ такую зависимость отъ хозяина, отъ которой онъ фактически могъ освободиться только путемъ выкупа со стороны другого работодателя [3]). Сущность и цѣль сдѣлки и тутъ заключались въ наймѣ труда т. е. въ предоставленіи права располагать чужою рабочею силою въ обмѣнъ на опредѣленныя имущественныя выгоды. Съ такимъ характеромъ служилой кабалы и законодательство, конечно, должно было считаться и фактически считалось. Всѣ относящіяся сюда постановленія проникнуты мыслью о необходимости ставить предѣлъ стремленію господъ къ чрезмѣрному расширенію своей хозяйской власти, вообще къ злоупотребленію своимъ положеніемъ фиктивнаго или дѣйствительнаго кредитора. Для этой цѣли уже первый законъ, коснувшійся служилой кабалы (Царскій Судебникъ 1550 г.) установилъ максимальный размѣръ долга въ 15 рублей.

> Ст. 78 А которые люди волные учнутъ бити челомъ княземъ и бояромъ, и дѣтемъ боярскимъ, и всякимъ людемъ, а станутъ на собя давати кабалы за ростъ служити: и болѣ пятинадцати рублевъ на серебреника кабалы не имати.

---

[1]) См. Владимірскій-Будановъ, 406 сл., 668 сл. Этотъ ученый отрицаетъ связь служилой кабалы съ договоромъ займа *по существу сдѣлки* и до законовъ 1586 и 1597 г.

[2]) Чечулинъ, Города Московскаго Государства въ XVI вѣкѣ, стр. 173 и слѣд.

[3]) См. Удинцева, ук. соч. стр. 176.

Если бы по существу отношенія изъ служилой кабалы имѣли характеръ займа, то такая законодательная фиксація суммы долга была бы совершенно немыслимымъ стѣсненіемъ оборота [1]). Взглядъ составителей Царскаго Судебника еще болѣе ясно выступаетъ при сопоставленіи этой статьи съ статьею 82:

> А кто займетъ сколко денегъ въ ростъ, и тѣмъ людемъ у нихъ не служити ни у кого, жити имъ о себѣ; а на денги имъ ростъ давати. А кто дастъ денегъ въ заемъ въ ростъ, да того человѣка станетъ держати у собя, и сбѣжитъ отъ него тотъ человѣкъ покрадчи, и что снесетъ, то у него пропало, а по кабалѣ денегъ лишенъ.

Допустивъ службу по кабалѣ, Судебникъ въ тоже время запрещаетъ кредитору—заимодавцу, подъ угрозою лишиться своего требованія, держать у себя въ услуженіи своего должника. Если въ служилой кабалѣ видѣть обыкновенный договоръ займа, получается непримиримое противорѣчіе. Проф. Сергѣевичъ, желая его устранить, высказываетъ предположеніе, что ст. 82 имѣетъ въ виду куммулятивное обѣщаніе должникомъ и роста и службы, но онъ не приводитъ никакихъ данныхъ, изъ которыхъ можно было бы заключить, что подобныя сдѣлки въ жизни практиковались. Кажущееся противорѣчіе устраняется само собою, если допустить предположеніе, что по воззрѣніямъ того времени обѣщаніе службы съ дѣйствительною выдачею или фиктивнымъ обозначеніемъ въ кабалѣ извѣстной суммы по существу не разсматривалось какъ заемное обязательство, что цѣль его заключалась въ установленіи не столько отношеній по займу, сколько служебнаго трудового отношенія. Къ послѣднему ст. 82 примѣненія не имѣла, ибо его по существу нельзя было признать кредитною сдѣлкою.

---

[1]) Ср. Владимірскій-Будановъ, Христ. II стр. 164 прим. 184.

Послѣдующими узаконеніями были установлены нѣкоторыя ограниченія, касавшіяся круга лицъ, могущихъ выдавать и принимать служебныя кабалы [1]). Эти узаконенія также не имѣли никакого отношенія къ присущему имъ моменту займа, а явно исходили изъ представленія о личной власти надъ кабальнымъ.

Кабальный первоначально, какъ сказано выше, освобождался изъ подъ власти господина по уплатѣ имъ самимъ или другимъ лицомъ указанной въ кабалѣ суммы. Въ періоды усиленнаго спроса на рабочія руки, послѣднее вѣроятно случалось нерѣдко. Такое положеніе вещей имѣло свои невыгоды какъ для той, такъ и для другой стороны: хозяинъ могъ въ любой моментъ лишиться нужнаго ему работника, а надъ наймитомъ тяготѣла угроза безсрочной службы. Указами 1586 и 1597 г.г., изъ коихъ только второй дошелъ до насъ [2]), эти невыгоды служилой кабалы были устранены и въ тоже время форма долгового обязательства превратилась въ явную фикцію. Право кабальнаго на выкупъ при жизни господина было отмѣнено и постановлено, что со смертью господина кабала сама собою прекращается. Его наслѣдникамъ запрещалось удерживать кабальнаго безъ его согласія. Съ этого времени стали появляться кабалы, въ которыхъ только говорилось о челобитьѣ на службу, но не упоминалось вовсе о займѣ. Уложеніе 1649 года предписываетъ для исчисленія пошлины «писати служилыя кабалы на одного человѣка въ трехъ рубляхъ, а больши и меньши не писати» (XX. 19). Плату кабальному оно называетъ «жалованьемъ» (XX. 78).

Такимъ образомъ сущность постепенно одерживала верхъ надъ формою. Указъ 1597 года уничтожилъ право

---

[1]) Неволинъ, стр. 194, Владимірскій-Будановъ, Христом. III стр. 20 сл.

[2]) См. Христом. Владимірскаго-Буданова III стр. 90, а по поводу указа 1597 г. Сергѣевича, Юр. Др. I стр. 157, Павлова-Сильванскаго, Люди кабальные и закладные, и Удинцева, ук. соч. стр. 178 сл.

выкупа и санкціонировалъ зависимость работника, какъ непосредственное послѣдствіе выдачи имъ на себя кабалы на службу [1]), съ оговоркою, что она не можетъ продолжаться дольше, чѣмъ до смерти господина. Съ тѣхъ поръ форма долгового обязательства превратилась въ лишенный практическаго значенія историческій пережитокъ. Служилая кабала по существу сблизилась съ временнымъ поступленіемъ въ холопство, прототипомъ котораго было «холопство по ключу» въ Русской Правдѣ. Что касается послѣдняго, то по Судебнику Іоанна III (ст. 66) уже только принятіе сельскаго ключа вело къ рабству, а по Царскому Судебнику (ст. 76) требовалось еще укрѣпленіе докладною грамотою. Въ 1597 году было постановлено, что фактическая служба въ теченіе болѣе шести мѣсяцевъ даетъ господину право требовать выдачи ему служилой кабалы независимо отъ согласія работника. Состояніе подъ хозяйскою властью въ теченіе столь продолжительнаго періода разсматривалось какъ молчаливое согласіе работника на закабаленіе данному хозяину до его смерти. Уложеніе 1649 года сократило этотъ срокъ до трехъ мѣсяцевъ. Но какъ фактическая служба въ теченіе указаннаго срока безъ договора, такъ и челобитье въ холопство по Уложенію (XX, 16 и 7) уже вели только къ кабальному, а не къ полному холопству.

Наемъ въ услуженіе на условіяхъ отработки заранѣе выданной или условленной суммы или ссуды вещами, уплатою которой работникъ освобождался отъ службы, не исчезъ изъ нашего хозяйственнаго быта и послѣ указа 1597 года. Такія сдѣлки облекались въ форму жилой или житейской записи. Условія и содержаніе этой записи

[1]) Объ аналогіи съ коммендаціею и господскою (мундіальною) властью средневѣкового права см. Павлова-Сильванскаго, сочин. III стр. 309 сл., 321 слѣд., 364 слѣд.

отличались большимъ разнообразіемъ [1]). Нѣкоторыя разновидности этой записи по существу несомнѣнно были направлены на установленіе трудового отношенія, хотя они и имѣли форму займа. Наиболѣе типичная изъ нихъ—такъ наз. заживная жилая запись, по которой работникъ, получивъ впередъ рядную плату, обязывался работать опредѣленное время на господина «въ заживъ». Размѣръ выданной впередъ по записи суммы или ссуды вещами зависѣлъ отъ соглашенія сторонъ. Онъ поэтому могъ быть столь значительнымъ, что наймитъ фактически оказывался закабаленнымъ на очень долгій срокъ. Записи нерѣдко выдавались также прямо на службу, безъ займа. Работникъ тогда обязывался отрабатывать то, что онъ получалъ или долженъ былъ получать впослѣдствіи на прокормъ и одежду или въ видѣ денежной платы (наемныя отживныя записи) [2]).

Для всѣхъ разновидностей жилой записи характерно то, что 1) ихъ выдача и принятіе подлежали меньшимъ ограниченіямъ, чѣмъ служилая кабала [3]) и 2) всѣ они служили средствомъ для временнаго прикрѣпленія работника и подчиненія его хозяйской власти безъ лишенія свободы. Работникъ обязанъ былъ до отработки занятой имъ или обѣщанной ему суммы жить во дворѣ господина и, какъ обыкновенно выражались, «всякую работу работать, господина, жену и дѣтей его слушать и почитать» [4]).

На ряду съ договоромъ, построеннымъ на мысли о поступленіи работника въ качествѣ должника въ служебную за-

---

[1]) См. Ключевскаго въ Рус. Мысли стр. 30 и сл., Дьяконова, Очерки изъ исторіи сельскаго населенія въ Московскомъ государствѣ (Спб. 1898 г.) стр. 134 и сл.

[2]) Ср. Улож. XX, 43, 44.

[3]) Объ ограниченіяхъ права выдавать на себя жилую и ссудчую грамоты см. Улож. XI, 32.

[4]) Ср. Павлова-Сильванскаго, соч. III стр. 416, Бѣляева, Законы и акты о крѣпостномъ состояніи въ древней Россіи, въ Архивѣ истор. и практ. свѣдѣній за 1859 г., кн. II, стр. 102 и сл.

висимость отъ кредитора, въ русскомъ правѣ всегда существовалъ также наемъ безъ этихъ послѣдствій, но законодательство ему до XVIII вѣка удѣляло очень мало вниманія. Русская Правда, какъ мы видѣли, ограничилась признаніемъ возможности для свободныхъ лицъ поступить въ тіуны или ключники «съ рядомъ» т. е. на условіяхъ, установленныхъ свободнымъ соглашеніемъ сторонъ. Въ практической жизни уже въ ту эпоху существовалъ также наемъ опредѣленныхъ услугъ (заказъ) безъ установленія служебнаго отношенія [1]). Болѣе обстоятельныя объ этомъ предметѣ постановленія мы находимъ въ Псковской Судной Грамотѣ [2]). Въ условіяхъ городской жизни съ ея болѣе развитою промышленностью, на ряду съ слугою, рабочимъ и ученикомъ, обычнымъ явленіемъ былъ самостоятельный работникъ — предприниматель («мастеръ»), нанимавшійся для опредѣленной работы за заранѣе условленное вознагражденіе («наемъ»). Сообразно съ этимъ Псковская Судная Грамота различаетъ «наймита дворного» и мастера [3]). Тотъ и другой могутъ наниматься безъ всякихъ формальностей и искать заработаннаго ими вознагражденія «въ закличъ» т. е. путемъ объявленія о своемъ требованіи безъ представленія документовъ, наравнѣ съ исками, возникавшими изъ кражи, и съ вещными исками.

Ст. 39: А которой мастеръ плотникъ, или наймитъ отстоитъ свой оурокъ, и плотникъ или наймитъ... свое

---

1) Ср. Владимірскаго-Буданова, Обзоръ (3 изд.) стр. 627.

2) Ср. къ слѣдующему Неволина, ук. соч. стр. 193, Энгельманъ, Система изложенія граж. законовъ, содержащихся въ Пск. Суд. Грам. (Спб. 1855 г.) стр. 62 и сл., Устряловъ, Изслѣд. Пск. Суд. Грам. 1467 г. (Спб. 1855 г.).

3) Прототипомъ такого наемнаго ремесленника считался повидимому также какъ въ Римѣ, плотникъ (ср. выше стр. 180), но нанимались несомнѣнно и другіе ремесленники. «Мастеромъ» Пск. Суд. Гр. называетъ какъ наемнаго ремесленника, такъ и хозяина, имѣвшаго собственныхъ учениковъ. Ср. ст. 102: А который мастеръ иметъ сочить на оученики оучебнаго и т. д.

дѣло отдѣлаетъ... на государехъ и въ закличь сочитъ своего найма.

Въ основаніи этого иска повидимому лежалъ самый фактъ службы въ теченіе извѣстнаго времени («отстоявши свой урокъ») или исполненія извѣстной работы («отдѣлавшій свое дѣло»).

Разница между дворнымъ наймитомъ и мастеромъ обнаруживалась главнымъ образомъ въ случаѣ неисполненія договора. Тогда дворный наймитъ, ушедшій по истеченіи срока, могъ искать вознагражденія «по счету» т. е pro rato temporis, но только за послѣдній годъ, хотя бы онъ прослужилъ нѣсколько лѣтъ.

Ст. 40: А которой наймитъ дворной пойдетъ прочь отъ государя, не достоявъ своего оурока, іно ему найму взяти по счету, а сочитъ ему найма своего за годъ, чтобы 5 годовъ или 10 годъ стоявши, и всѣхъ тыхъ ему годъ (стоявши) найма сочити, какъ отыде за годъ сочити, толко будетъ найма не ималъ оу государя; а толко пойдетъ болши года, ино имъ не сочити на государехъ.

Отъ уплаты же мастеру, не окончившему обѣщаннаго «дѣла», хозяинъ освобождался, присягнувъ, что мастеръ работы не исполнилъ. Плата мастеру повидимому производилась не по времени (погодично), какъ дворному наймиту, а по окончаніи обѣщанной работы.

Ст. 41: А которой наймитъ плотникъ, а почнетъ сочити найма своего на государи, а дѣла его не отдѣластъ, а пойдетъ прочь, а ркучи такъ государю: оу тебе есми отдѣлалъ дѣло свое все; и государь молвитъ: не отдѣлалъ еси всего дѣла своего; ино государю оу креста положыти чего сочить, или государь самъ поцелуетъ, аже оу нихъ записи не будетъ.

Кромѣ этихъ положеній мы въ Псковской Судной Грамотѣ встрѣчаемъ спеціальныя постановленія о нѣкоторыхъ видахъ услугъ, какъ напр. о возмездномъ обученіи мастерству (ст. 102). Обѣщаніе работы нерѣдко соединялось съ наймомъ земельныхъ участковъ (изорники, ого-

родники) или пространства воды для рыбной ловли (кочетники) [1]). Но это не были вольные наймиты въ указанномъ выше смыслѣ, а лица, связавшія себя полученіемъ впередъ ссуды или платы и слѣдовательно болѣе близкія къ типу закупа Русской Правды [2]).

Меньше чѣмъ Псковская Судная Грамота на вопросѣ о вольномъ наймѣ останавливаются Судебники. Судебникъ Іоанна III содержитъ только одно относящееся сюда постановленіе: досрочный уходъ наймита лишаетъ его права на наемную плату.

Ст. 54: А наймитъ не дослужитъ своего урока, а пойдетъ прочь, и онъ найму лишенъ.

Царскій Судебникъ, повторяя это правило, прибавляетъ, что и хозяинъ, несправедливо уклонившійся отъ уплаты слѣдуемаго вознагражденія, несетъ отвѣтственность: съ него взыскивается «вдвое» (ст. 83). Отсюда видно, что соглашеніе объ обѣщаніи одною стороною работы въ теченіе извѣстнаго срока, а другою вознагражденія, признавалось обязательнымъ. Неисполненіе его влекло за собою невыгодныя послѣдствія для обѣихъ сторонъ, но только имущественныя. Нельзя было принудить такого наймита остаться до конца срока, или, въ случаѣ ухода возвращать его какъ бѣглаго, но нельзя было также заставить хозяина держать его противъ своего желанія.

О правовомъ положеніи такого наемника, его правахъ и обязанностяхъ Судебники никакихъ постановленій не содержатъ. Едва-ли оно, пока онъ жилъ во дворѣ хозяина, чѣмъ-нибудь отличалось отъ положенія зависимыхъ слугъ и работниковъ, кромѣ болѣе легкой расторжимости отношеній.

---

[1]) Пск. Суд. Гр. ст. 42 и сл., 51 и др. Ср. Энгельманъ, ук. соч. стр. 49 и слѣд.

[2]) Ср. Устрялова, ук. соч. стр. 53.

Уложеніе 1649 года подвело итоги всему предшествовавшему развитію и въ еще большей степени проявляетъ одностороннюю тенденцію законодательства той эпохи къ поддержанію интересовъ и власти хозяевъ—нанимателей, насколько они не сталкивались съ интересами государства.

Мы уже видѣли, что служилая кабала приняла характеръ службы, заканчивавшейся только смертью господина или отпускомъ. Эти положенія перешли въ Уложеніе (XX, 9, 12, 16). Кабала уже не сопряжена съ займомъ [1]) и фактически сливается съ добровольнымъ поступленіемъ въ холопы. Въ Улож. (XX, 39) упоминается также о кабалахъ и записяхъ прежняго типа (за ростъ служити), но повидимому рѣчь идетъ о кабалахъ, раньше выданныхъ. Заключенію подобныхъ сдѣлокъ послѣ 1649 года препятствовали какъ указъ 1597 г., такъ и общій запретъ взиманія роста. Уложеніе даже устанавливаетъ способъ принудительнаго разсчета по заключеннымъ раньше записямъ этого рода (XX. 40). Практически, говоритъ проф. Удинцевъ (стр. 184) «отношенія по служилой кабалѣ передвинулись отъ займа въ сторону личнаго найма, насколько вообще возможна столь точная квалификація въ высшей степени сложныхъ зависимыхъ отношеній XVI и XVII в. Служба сближала кабалу съ личнымъ наймомъ, какъ сближала она наемъ съ положеніемъ закладныхъ людей. Служба же дѣлала столь легко переходимой грань между всѣми этими и подобными имъ отношеніями—съ одной стороны и холопствомъ—съ другой».

Существовалъ значительный контингентъ лицъ, для которыхъ форма кабалы была недоступна. Одни не могли держать вольныхъ людей по кабаламъ, другимъ не раз-

[1]) Дьяконовъ, ук. соч. стр. 135, Сергѣевичъ, I стр. 164.

рѣшалось поступать въ вольное холопство. Кромѣ того, нерѣдко поступавшіе въ услуженіе не хотѣли себя закабалить на слишкомъ продолжительное время. Поэтому должны были существовать другія формы найма слугъ и работниковъ. Таковыми являются по Уложенію выдача на себя записи, совершаемой установленнымъ порядкомъ, и поступленіе въ услуженіе безъ записи на опредѣленный срокъ. Послѣднее разрѣшалось крестьянамъ и бобылямъ.

> «А будетъ чьи крестьяне и бобыли учнутъ у кого и наймоватися въ работу, и тѣмъ крестьяномъ и бобылемъ у всякихъ чиновъ людей наймоватися въ работу по записямъ и безъ записей поволно. А тѣмъ людемъ, у кого они въ работу наймутся, жилыхъ и съсудныхъ записей и служилыхъ кабалъ на нихъ не имать и ни чимъ ихъ себѣ не крѣпити, и какъ отъ нихъ тѣ наймиты отработаются, и имъ отпущать ихъ отъ себя безо всякаго задержанія (XI, 32, ср. также XI, 23).

По записи поступали въ услуженіе либо отдѣльныя лица, либо цѣлыя семьи, а иногда мужья и отцы отдавали своихъ женъ и дѣтей въ работу. Послѣднее практиковалось преимущественно въ голодное время и облекалось въ форму отработки долга.

> «А будетъ кто въ голодное время самъ себя съ женою, или сына, или дочь отдастъ кому въ работу за прокормъ, и запись на себя въ томъ дастъ, или въ записи напишетъ на себя и на дѣтей своихъ заемныя деньги: и по той записи жити имъ у того, кому они въ работу дадутся до тѣхъ мѣстъ, пока мѣста они окупятся, или отработаются. А за работу того долга зачитати имъ по указу, какъ о томъ писано выше сего» (XX, 43).

Во избѣжаніе превращенія такой службы въ пожизненную, законъ опредѣляетъ минимальный размѣръ ежегодныхъ вычетовъ изъ долга за работу (XX, 40). Кромѣ того тяглымъ людямъ запрещалось выдавать нетяглымъ житейскія записи болѣе, чѣмъ на пять лѣтъ (XX, 116). Другихъ ограниченій относительно срока и содержанія

этого рода записей мы въ Уложеніи не находимъ. Взаимныя отношенія исчерпывались «отдачею въ работу» себя или другихъ. Власть хозяина, установленная надлежащимъ порядкомъ, ограничивалась только тогда, когда она сталкивалась съ интересами государства.

Уложеніе проявляетъ, также какъ западныя законодательства конца среднихъ вѣковъ и слѣдующей эпохи, особенное вниманіе къ вопросу о самовольномъ досрочномъ уходѣ слугъ и работниковъ. Такой уходъ, иногда сопровождавшійся сносомъ или кражею, составлялъ нерѣдкое явленіе. Ушедшаго въ случаѣ его поимки водворяли у господина и заставляли «доживать по записямъ урочные годы», причемъ онъ конечно отвѣчалъ за совершенное преступленіе. Но надежда поймать его и получить съ него возмѣщеніе убытковъ, повидимому, была не очень велика. Поэтому прибѣгали къ мѣрамъ обезпеченія, къ поручительству и неустойкѣ. Ручались чаще родители и мужья за отданныхъ ими въ работу лицъ, но нерѣдко также посторонніе лица (XX, 45 и 91). Иногда поручительство распространялось и на убытки, причиненные небрежностью наемника, напр. небрежностью лица, взявшагося стеречь чужое имущество, если ея послѣдствіемъ была покража (X, 274).

Преступленія слугъ противъ личности господина принадлежали къ квалифицированнымъ дѣяніямъ, и наказывались очень строго. Такъ напр. покушеніе на убійство господина каралось отсѣченіемъ рукъ (XXII, 8). За убытки же, причиненные третьимъ лицамъ преступными дѣяніями слугъ, имущественную отвѣтственность несли тѣ, кому они служили.

> «А которые языки говорятъ на чьихъ нибудь людей, и доведется на нихъ взяти выти: и за тѣхъ людей класти выти на тѣхъ людей, кому кто служитъ» (XXI, 66).

При этомъ однако проводилась разница между людьми,

жившими во дворѣ господина, и «задворными людьми». За воровство, учиненное послѣдними, господинъ не отвѣчалъ (XXI, 68). За преступленія, совершенныя слугою «по наученію» господина, послѣдній отвѣчалъ наравнѣ съ непосредственнымъ виновникомъ (XXII, 12).

Совершенно особнякомъ отъ найма въ услуженіе стоятъ договоры съ «мастеровымъ человѣкомъ», «портнымъ мастеромъ», вообще съ самостоятельнымъ ремесленникомъ. Въ отличіе отъ Псковской Судной Грамоты Уложеніе имѣетъ въ виду не ремесленника, нанявшагося для опредѣленной работы во дворѣ хозяина, а самостоятельное лицо, которому ввѣряется чужой матеріалъ для починки или изготовленія новой вещи. Въ случаѣ порчи онъ долженъ былъ возмѣстить заказчику стоимость испорченной вещи по оцѣнкѣ, а самая вещь доставалась ему (X, 272, 273).

Изложенныя постановленія не оставляютъ сомнѣнія, что въ эпоху Уложенія нормальнымъ послѣдствіемъ поступленія въ услуженіе было подчиненіе работника хозяйской власти нанимателя. Въ этомъ отношеніи не было существенной разницы между службою по кабалѣ, по записи или на основаніи неформальной отдачи себя или другихъ въ работу. Кругъ обязанностей слуги во всѣхъ этихъ случаяхъ опредѣлялся, насколько между сторонами не состоялось объ этомъ особаго соглашенія, односторонне волею хозяина. Нанявшійся долженъ былъ всякую работу работать, повиноваться во всемъ господину, не отлучаться до истеченія урочнаго времени и т. д. Обязанности хозяина отчасти сами собою вытекали изъ факта принятія въ услуженіе. Онъ долженъ былъ содержать не только тѣхъ, кто нанимался «за прокормъ» (XX, 43), но несомнѣнно всѣхъ жившихъ въ его домѣ и лишенныхъ возможности содержать себя. Денежное вознагражденіе не предполагалось само собою и едва-ли

его обѣщаніе было обычнымъ явленіемъ. Иначе трудно объяснить, почему Уложеніе не говоритъ о такой обязанности, а при службѣ по записи квалифицируетъ взятую впередъ сумму по прежнему какъ «заемныя деньги» (XX, 43). Никакихъ предѣловъ хозяйской власти, кромѣ запрещенія насильственно задерживать свободныхъ «наймитовъ», отработавшихъ свой срокъ (XX, 32), да отвѣтственности на общемъ основаніи за наказуемыя дѣянія по отношенію къ слугамъ, уложеніе также не указываетъ.

Послѣ Уложенія 1649 года появляются многочисленные законодательные акты о личномъ наймѣ, но всѣ они—за весьма немногими исключеніями—касаются отдѣльныхъ отраслей труда или отдѣльныхъ категорій лицъ [1]). Достаточно самаго поверхностнаго ознакомленія съ ними, чтобы убѣдиться, въ какой мѣрѣ они проникнуты тою же мыслью объ установленіи договоромъ найма хозяйской власти надъ нанявшимся. Не говоря уже о карабельныхъ служащихъ и офицерскихъ слугахъ, подчиненныхъ дисциплинарной власти нанимателей, фабричные рабочіе, ремесленные подмастерья и даже прикащики, промыселъ которыхъ состоялъ, по опредѣленію Уст. цеховъ, «въ томъ, чтобы дѣлами купцовъ и фабрикантовъ управлять»—всѣ они, «какъ въ услуженіи у хозяина своего находящіеся», обязаны ему «во всемъ повиноваться». Тотъ-же Уст. цеховъ 1799 г. (П. С. 19187) содержитъ общее положеніе, что «каждый мастеръ имѣетъ въ домѣ своемъ права хозяина какъ надъ подмастерьями своими, такъ и надъ учениками и работниками». Во многихъ законодательныхъ актахъ, особенно по поводу найма фабричныхъ рабочихъ и прислуги явственно сказывается стремленіе законодательства къ поддержанію хозяйскаго авторитета. Нигдѣ служебный

[1]) См. перечень важнѣйшихъ узаконеній о личномъ наймѣ у Неволина, ук. соч. стр. 205.

трудовой договоръ не смѣшивается съ наймомъ самостоятельныхъ услугъ. Тенденція романистической юриспруденціи къ подчиненію всѣхъ видовъ возмезднаго пользованія трудомъ одинаковымъ правовымъ нормамъ, къ подчеркиванію мѣнового элемента и сближенію съ наймомъ вещей, подрядомъ и даже съ куплею продажею на нашемъ правѣ до изданія Свода Законовъ не оказала сколько нибудь замѣтнаго вліянія.

Попытаемся теперь въ немногихъ словахъ подвести итоги нашему историческому очерку. Наслѣдіе, полученное современною жизнью и наукою отъ прошлыхъ вѣковъ въ области найма труда, состоитъ изъ двухъ несогласованныхъ и едва-ли примиримыхъ историческихъ наслоеній. Римское и средневѣковое право радикально расходятся во взглядахъ на значеніе того обстоятельства, направленъ-ли договоръ найма труда на установленіе служебнаго отношенія (отношенія власти и подчиненія) или нѣтъ. Въ связи съ этимъ не только классификація трудовыхъ сдѣлокъ, но также самое понятіе и природа найма труда и наиболѣе существенныя касающіяся его положенія въ томъ и другомъ правѣ совершенно различны. Эта коренная разница не утратила своего значенія и въ слѣдующіе вѣка.

Въ условіяхъ римскаго рабскаго хозяйства сложилось понятіе о трудѣ, какъ потенціальной цѣнности, мысленно обособляемой при заключеніи договора отъ личности работника и обмѣниваемой на деньги. Это представленіе было потомъ распространено на наемъ свободныхъ работниковъ. Но логическому обособленію не соотвѣтствовало реальное отдѣленіе рабочей силы отъ личности ея обладателя. Въ тѣхъ случаяхъ, когда работникъ поступалъ въ услуженіе, когда онъ обязывался употреблять весь свой рабочій день согласно съ указаніями или нуждами нанимателя, онъ

фактически связывалъ свою личность, подчинялъ ее чужой волѣ. Римское право относилось къ этому обстоятельству совершенно равнодушно, пока оно не угрожало свободному состоянію работника. Въ принципѣ неотчуждаемости свободной личности, какъ таковой, римскіе юристы видѣли достаточную гарантію отъ злоупотребленія нанимателемъ хозяйскою властью. Насколько послѣднею не нарушались нормы публичнаго права или права третьихъ лицъ или самаго нанявшагося, она составляла юридически иррелевантное обстоятельство. Личность свободнаго человѣка юридически не могла быть предметомъ договора, но таковымъ могла быть свойственная ему способность къ труду, какъ нѣчто отдѣльное и отличное отъ него самаго.

Трудъ, въ специфическомъ смыслѣ проявляемой работникомъ трудоспособности (operae), какъ объектъ оборота противополагался съ одной стороны проявленію духовной личности свободнаго человѣка (artes), съ другой—выполненію работникомъ по договору опредѣленной работы для другого въ сферѣ его собственной дѣятельности (opus). Трудового (служебнаго) договора, какъ разновидности найма труда, римское право не знало. Artes въ Римѣ не признавались нормальнымъ объектомъ мѣновой сдѣлки. Обѣщаніе opus экономически не совпадало съ обѣщаніемъ operae и съ наймомъ вещей ни по предмету, ни по цѣли, ни по характеру порождаемыхъ правоотношеній. Однако между этими договорами, какъ категоріями оборотныхъ, сдѣлокъ существовало, по римскимъ воззрѣніямъ, сходство внѣшней структуры и вѣроятно у нихъ были общіе историческіе корни. Во всѣхъ трехъ сдѣлкахъ стороны связывали съ перемѣщеніемъ благъ въ чужую имущественную сферу взаимное обѣщаніе опредѣленныхъ выгодъ, причемъ выгода, обѣщанная одною изъ сторонъ, непремѣнно должна была состоять въ денежной платѣ. Это оказалось достаточнымъ

для того, чтобы ихъ объединить общимъ искомъ и общимъ названіемъ. Отсюда еще не вытекаетъ, что къ нимъ должны были примѣняться однѣ и тѣже правовыя нормы. Положенія, которыя мы находимъ въ corpus juris, очень часто относятся только къ тому виду locatio conductio, о которомъ въ данномъ случаѣ идетъ рѣчь, и на остальныя распространяемы быть не могутъ. Но объединеніе этихъ трехъ экономически разнородныхъ договоровъ было возможно только при полномъ игнорированіи личнаго элемента, т. е. потенціальнаго подчиненія личности работника волѣ и власти нанимателя.

Въ средніе вѣка мысль о возможности поступленія въ услуженіе съ сохраненіемъ свободы прививалась очень медленно. Но и послѣ того, какъ она вошла въ правосознаніе общества, предоставленіе рабочей силы въ формѣ обѣщанія службы продолжало разсматриваться какъ частичное отреченіе отъ свободнаго самоопредѣленія и какъ добровольное подчиненіе нанявшагося господской власти. Рѣзкая грань между свободнымъ и не свободнымъ состояніемъ сгладилась и между ними образовались промежуточныя ступени въ видѣ вещно-зависимыхъ и лично-зависимыхъ отношеній. Они и составляли правовую форму для пользованія трудомъ свободныхъ лицъ. Правда, въ основаніи лично-зависимаго или служебнаго положенія свободнаго человѣка, по общему правилу, лежалъ договоръ. Но соглашеніемъ сторонъ тутъ обыкновенно устанавливался только самый фактъ поступленія въ услуженіе и опредѣлялся общій характеръ исполняемыхъ функцій. Патріархальный строй средневѣковой семьи, тенденція къ образованію сплоченныхъ союзовъ, построенныхъ на мысли о господствѣ главы союза надъ его членами, ихъ защитѣ и представительствѣ, существованіе обособленныхъ правовыхъ сферъ, автономно регулирующихъ свои внутреннія отношенія, наконецъ общія экономическія, политическія

и культурныя условія способствовали сохраненію и укрѣпленію идеи хозяйскаго авторитета и оттѣсненію договорнаго элемента. Тѣмъ самымъ служебное трудовое отношеніе получило совершенно другой характеръ, чѣмъ пользованіе чужимъ трудомъ безъ поступленія въ услуженіе и задача законодательства по отношенію къ нему оказались иною. Она не заключалась въ точномъ нормированіи взаимныхъ правъ и обязанностей сторонъ, а только въ санкціи хозяйской власти и въ разрѣшеніи коллизій между нею и интересами государства или правами третьихъ лицъ. Хозяйская власть въ средніе вѣка никогда не признавалась юридически безразличнымъ бытовымъ явленіемъ; обычай и законъ, независимо отъ соглашенія сторонъ, ставили ее въ извѣстныя правовыя рамки и неизмѣнно связывали съ нею опредѣленныя хозяйскія обязанности. Но внутри этихъ рамокъ конкретное содержаніе договора, права и обязанности нанявшагося опредѣлялись односторонней волею хозяина, какъ главы дома. Когда отношенія утратили свой семейный характеръ, хозяйская власть въ интересахъ порядка и по соображеніямъ экономической политики энергично поддерживалась государствомъ во всѣхъ областяхъ наемнаго труда, регулируемаго спеціальнымъ законодательствомъ. Средневѣковому праву взглядъ на трудовой (служебный) договоръ, какъ на чисто мѣновую сдѣлку былъ также чуждъ, какъ слiяніе его въ одну юридическую категорію съ обѣщаніемъ работы безъ установленія служебнаго отношенія и съ наймомъ вещей.

Романистической юриспруденціи не удалось найти или выработать юридическую форму для сложившагося въ жизни трудового отношенія, построеннаго на представленіи о частичномъ подчиненіи нанявшагося власти нанимателя. Зависимыя отношенія она или игнорировала или втискивала въ рамки римскаго ученія о рабахъ. Договоры, направленные на установленіе власти надъ сво-

бодною личностью, были несовмѣстимы съ римскимъ индивидуалистическимъ понятіемъ объ обязательствѣ. Поэтому цѣль договора и характеръ порождаемыхъ имъ отношеній просто оставлялись безъ вниманія. Въ возмездномъ пользованіи чужимъ трудомъ, въ какихъ бы формахъ оно не происходило и какими послѣдствіями оно не сопровождалось, видѣли только мѣновую сдѣлку, т. е. возмездное обѣщаніе услугъ. Такимъ образомъ практически важнѣйшій вопросъ о предѣлахъ хозяйской власти и связанныхъ съ нею обязанностяхъ оказался вытѣсненнымъ изъ области гражданскаго права. Но юристы этой эпохи не отрицали, подобно римскимъ, юридической силы и значенія зависимыхъ отношеній. Ихъ нормировка признавалась только функціею государственнаго управленія и слѣдовательно предметомъ административнаго, а не гражданскаго права. Такое рѣшеніе вопроса вполнѣ соотвѣтствовало духу полицейскаго государства, но оно не соотвѣтствуетъ ни воззрѣніямъ современнаго общества, ни требованіямъ современной жизни.

Не взирая на измѣнившіяся экономическія и политическія условія, для науки и законодательства далеко не безполезны познаніе и развитіе какъ истиннаго смысла римскаго ученія, что предметомъ оборота юридически можетъ быть только трудъ, но не личность свободнаго человѣка, такъ и жизнеспособнаго цивилистическаго ядра, содержащагося въ пережиткахъ средневѣкового права. Это ядро состоитъ въ господствовавшемъ также въ нашемъ правѣ представленіи о трудовомъ отношеніи, какъ объ отношеніи власти и подчиненія, устанавливаемомъ путемъ соглашенія, но власти не безпредѣльной, а связанной для ея носителя съ извѣстными обязанностями и поставленной объективнымъ правомъ въ ненарушимые предѣлы, соотвѣтствовавшіе культурнымъ задачамъ общества и интересамъ государства.

ГЛАВА IV.

Положеніе трудового договора въ современномъ правѣ.

Внѣшнія условія и идейныя теченія, подъ вліяніемъ которыхъ въ XVIII и въ началѣ XIX вѣка составлялись гражданскіе кодексы, не благопріятствовали включенію въ эти кодексы нормъ о наймѣ труда, согласованныхъ съ нуждами широкихъ массъ населенія. Жизнь требовала компромисса между договорнымъ началомъ, построеннымъ на мысли о широкой свободѣ хозяйственнаго самоопредѣленія, и исторически сложившимся началомъ хозяйскаго авторитета. Но компромиссы и приспособленіе правовыхъ началъ къ реальнымъ условіямъ жизни совершенно не соотвѣтствовали духу времени.

Надъ умами властвовала слѣпая вѣра въ авторитетъ и безграничную силу разума. Только къ его указаніямъ долженъ прислушиваться законодатель, только его требованіямъ должна подчиняться жизнь [1]). Аксіоматическія обобщенія естественнаго права, добытыя путемъ отвлеченнаго мышленія, претендовали на значеніе, если не дѣйствующаго права, то незыблемыхъ вѣхъ, указываю-

---

[1]) См. Windelbandt, Die neuere Philosophie въ Kultur der Gegenwart I, 6: «Разумъ имѣлъ мужество за себя постоять и проявить себя во внѣ. Таковъ общій характеръ знаменательной эпохи, названной «просвѣщеннымъ вѣкомъ» и называвшей себя вѣкомъ философскимъ,—эпохи, твердо увѣровавшей въ возможность регулировать житейскія отношенія, отправляясь отъ познанія разумнаго, ставить на мѣсто исторически и естественно создавшагося—познанное и требуемое разумомъ, на мѣсто преходящаго—вѣчное. Построенія метафизики стали цѣнностями для жизни и жизнь сама жаждала подчиненія закономъ разума».

щихъ его пути и цѣли. Главнѣйшую задачу науки права видѣли въ тщательной и тонкой разработкѣ апріористическихъ построеній и понятій, въ логически безупречной ихъ систематизаціи, въ умѣніи выводить разрѣшеніе любого конкретнаго вопроса изъ соотвѣтственнаго общаго начала естественнаго права. Въ этой мысли и въ граничащемъ съ презрѣніемъ равнодушіи къ практическимъ задачамъ права сходились, несмотря на различіе методовъ и взглядовъ по отдѣльнымъ вопросамъ, авторы обширныхъ трактатовъ и безчисленныхъ краткихъ учебниковъ «универсальнаго» или естественнаго права, появлявшихся изъ года въ годъ въ теченіе всего XVIII столѣтія [1]).

При разрѣшеніи догматическихъ вопросовъ ученые, однако, обыкновенно не шли дальше повторенія положеній римскаго права, какъ «наиболѣе соотвѣтствующихъ требованіямъ разума», и лишь въ рѣдкихъ случаяхъ они предпочитали имъ начала германскаго права [2]), вѣрнѣе правовыя воззрѣнія и обычаи, сохранившіеся отъ среднихъ вѣковъ или сложившіеся въ судебной практикѣ. Въ области найма труда римскій взглядъ на этотъ договоръ, какъ на мѣновую сдѣлку, юридически не затрогивающую личности нанявшагося, наиболѣе соотвѣтствовалъ построеніямъ естественнаго права 18 вѣка. Однимъ изъ его лозунговъ,—и въ этомъ его безспорная заслуга—было освобожденіе личности отъ безчисленныхъ путъ, окутывавшихъ ее духовно и тѣлесно. «Естественное право возстало противъ крѣпостной и всякой другой личной зависимости, требовало снятія ограниченій съ частной земель-

[1]) Исторію литературы естественнаго права см. Landsberg, Gesch. d. deut. Rechtswissenschaft, т. I (1898), а историческій обзоръ его ученій у Bergbohm; Jurisprudenz und Rechtsphilosophie I (1892) стр. 148 сл.

[2]) Ср. Otto Gierke, Naturrecht und deutsches Recht (1883) стр. 25 сл.

ной собственности, уничтоженія безжизненнаго цехового строя и устраненія безсмысленнаго стѣсненія свободной торговли, свободнаго проявленія экономическихъ силъ, свободы передвиженія и эмиграціи»... [1]).

Всякая зависимость человѣка отъ человѣка, учитъ естественное право, противорѣчитъ status naturalis. Съ послѣднимъ согласуются только обязанности, естественно вытекающія изъ самого факта общежитія: officia hominum erga se invicem, quatenus extra societatem considerantur. Для выполненія этихъ обязанностей и для удовлетворенія своихъ потребностей каждому человѣку предоставляется возможность пріобрѣтать имущественныя блага. Такими благами могутъ быть вещи или дѣйствія другихъ лицъ, но не личность человѣка. Однако «естественное состояніе» иногда подвергается ограниченіямъ вслѣдствіе добровольнаго вступленія человѣка въ «союзныя отношенія» (societates) [2]) къ другимъ людямъ или возникновенія такихъ отношеній помимо его воли (societates necessariae, ex lege). Тогда создается условная связанность (status hypotheticus), противоположная естественному положенію (praeternaturalis). Societates дѣлятся на aequales и inaequales, смотря потому, построены ли они на координаціи или субординаціи, и на простыя и сложныя (simplices и compositae). Къ первымъ принадлежатъ союзы семейный (soc. matrimonialis atque paterna) и господскій (soc. herilis или domestica). Тотъ и другой вмѣстѣ составляютъ familiam въ самомъ широкомъ смыслѣ,—одинъ изъ видовъ societates compositae inaequales [3]).

---

[1]) Bergbohm ук. соч. стр. 215.

[2]) «Societas» употребляется тутъ не въ техническомъ смыслѣ «товарищества». Имъ обозначается «status, quo personae in personam competit jus perfectum atque affirmativum. Ср. напр. Daries, Instit. jurisprud. universalis § 521.

[3]) Положенія о societates съ ихъ многочисленными подраздѣленіями составляли предметъ особаго отдѣла универсальнаго права — «jus

Въ просторномъ зданіи естественнаго права такимъ образомъ нашлось также мѣсто для договора между господами и слугами, но мѣсто нейтральное, внѣ области имущественнаго оборота и въ частности, обязательственныхъ отношеній. Однако отнесеніе этого договора къ jus sociale и механическое объединеніе господскаго союза съ семейнымъ въ societas compositа еще ничего не выясняло относительно его юридической природы и правовыхъ послѣдствій. Оно только вело къ исключенію найма слугъ изъ числа оборотныхъ сдѣлокъ и вмѣстѣ съ тѣмъ изъ сферы, въ которой доминировало римское право.

Въ настоящей главѣ мы постараемся опредѣлить, не вдаваясь въ догматическія подробности, постановку найма труда въ современномъ правѣ, въ частности, отношеніе законодательства къ договорамъ о служебномъ трудѣ или—что то же самое—къ трудовому договору. Мы начнемъ свой обзоръ съ прусскаго общеземскаго уложенія, хотя оно въ настоящее время уже не является дѣйствующимъ правомъ. Но оно въ теченіе всего XIX вѣка служило канвою для юридической науки и практики и оказало большое вліяніе на законодательства нѣкоторыхъ другихъ государствъ.

На системѣ прусскаго уложенія 1794 г. замѣтно отразилось вліяніе естественнаго права [1]), а на его содержаніи

---

sociale». Ученіе о нихъ варіируетъ у различныхъ авторовъ главнымъ образомъ относительно подраздѣленій и терминологіи, но сущность его въ общемъ одна и таже. См. изъ представителей естественнаго права 18 вѣка Daries, указ. соч. sect. III (elementa juris socialis), Achenwall, Prologomena juris naturalis § 95 сл., Hertius, Opuscula II, c. 3 стр. 40 сл. Построеніе домашняго союза (societas herilis), отличающагося отъ союза между родителями и дѣтьми только тѣмъ, что первый основанъ на договорѣ, мы находимъ еще у Канта, Metaphys. Anfangsgründe der Rechtslehre, изд. Кирхмана (1870) стр. 94. Хозяину по его ученію принадлежитъ надъ слугами «личное право на подобіе вещнаго» («ein nach dinglicher Art persönliches Recht).

[1]) См. къ слѣдующему Heydemann, Einleitung in das System des preussischen Civilrechts (2 изд. 1867) I стр. 30 сл., Förster-Eccius, Preussisches

главнымъ образомъ римское право. Фридрихъ Великій конституціею отъ 31 декабря 1746 года поручилъ канцлеру фонъ-Кокцеи «составить германское общеземское уложеніе, опирающееся только на разумъ и на основные законы (Landesverfassungen)» [1]). Проектъ [2]) не получилъ законодательной санкціи, но онъ оказалъ существенное вліяніе на общеземское уложеніе, ставшее 45 лѣтъ спустя закономъ.

Въ послѣднемъ мы не находимъ категоріи договоровъ о трудѣ. Ея мѣсто занимаютъ «договоры о дѣйствіяхъ» (Handlungen), точнѣе «договоры, коими обѣщаются вещи въ обмѣнъ на дѣйствія» (I, 11, 8). Терминъ Handlung, то употребляется въ уложеніи въ болѣе широкомъ (нетехническомъ) смыслѣ, въ противоположность вещамъ [3]), то въ болѣе узкомъ смыслѣ дѣятельности, состоящей въ facere, въ противоположность дѣйствіямъ, направленнымъ

Privatrecht (7 Aufl, 1896) I § 7, Dernburg, Lehrb. des preuss. Privatrechts (1862).—Löher, System des preuss. Privatrechts (1862) стр. 67 тенденціозно и бездоказательно отрицаетъ вліяніе на прусское Уложеніе естественнаго права, подъ видомъ котораго въ него будто бы лишь проводилось германское національное право.

[1]) Этотъ любопытный документъ напечатанъ у Bornemann, Systematische Darstellung des preuss. Civilrechts (1834), I стр. 103. Ср. Heydemann I стр. 9, Goeppert въ Kritische Vierteljahrschrift т. VIII (1866) стр. 533.

[2]) Кокцеи самъ даетъ такую характеристику своего проекта уложенія (Corpus juris Fridricianum): «Вся система представляетъ единое цѣлое. Принципы естественнаго права, скрытые въ римскомъ Corpus juris, извлечены оттуда и положены въ основаніе отдѣльныхъ ученій земскаго уложенія, изъ коихъ потомъ сдѣланы разумные выводы. Римское право, такимъ образомъ, искусно средактировано и приведено въ разумный порядокъ, такъ что настоящее уложеніе можетъ быть названо гражданскимъ кодексомъ естественнаго права».

[3]) Напр. I, 4 § 5: Alle Sachen und Handlungen, auf welche ein Recht erworben oder Andern übertragen werden kann, können Gegenstände der Willenserklärung sein. Ср. Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Preussischen Rechts т. 13. Zur Lehre vom Werkverdingungsvertrage.

на dare. Во второмъ случаѣ онъ обнимаетъ также воздержаніе отъ дѣятельности (Unterlassung) [1]).

Категорія «договоровъ о дѣйстіяхъ» составляетъ результатъ компромисса между римскою (такъ наз. институціонною) системою дѣленія частнаго права на три части (personae, res, actiones) и ученіемъ естественнаго права, по которому все право распадается на двѣ части, соотвѣтственно двойственности отношенія человѣка къ внѣшнему міру: какъ индивида и какъ члена соціальной группы. Первая обнимаетъ всѣ виды индивидуальнаго обладанія, изъ коихъ важнѣйшимъ является право собственности. Вторая имѣетъ своимъ предметомъ положеніе человѣка въ семьѣ, сословіи, корпораціи, наконецъ въ государствѣ.

По первоначальному плану прусское уложеніе должно было состоять изъ трехъ частей сообразно съ «tria objecta juris: лица, вещи и обязательства». Позднѣе (по проекту 1784 г.) [2]) предполагалось включить въ 3-ю часть смѣшанные институты, «не относящіеся къ одному личному или вещному праву, а къ тому и другому вмѣстѣ». Наконецъ мысль о третьей части была совсѣмъ оставлена и сдѣлки inter vivos и mortis causa были включены въ ученіе о вещахъ, въ качествѣ правооснованій (tituli) къ способамъ пріобрѣтенія (modi aequirendi). Вмѣстѣ съ тѣмъ вещному праву, обнимающему болѣе простыя отношенія индивидуальнаго обладанія, было отведено первое мѣсто, а личному, трактующему о болѣе сложныхъ отношеніяхъ,

---

[1]) I, 11 § 869 и сл. О затрудненіяхъ и колебаніяхъ при отграниченіи «Handlungen» въ техническомъ смыслѣ отъ другихъ дѣйствій см. Förster-Eccius I § 65, Koch Allg. Landrecht, Kommentar (7 изд.) прим. къ § 870 и сл. Подъ это понятіе напр. подводили помолвку, договоръ съ третейскимъ судьею, pacta de cedendo и вообще de contrahendo и др.

[2]) О планѣ этого проекта см. подробнѣе Daniels System des preuss. Civilrechts (1866) прил. IV—VII.

второе [1]). Ни обязательственнаго, ни наслѣдственнаго права, какъ самостоятельныхъ отдѣловъ, Уложеніе не знаетъ.

Усматривая въ договорѣ «взаимное соглашеніе о пріобрѣтеніи или отчужденіи правъ» (1, 5 § 1), Уложеніе отводитъ первое мѣсто договорамъ, которые могутъ служить титуломъ для пріобрѣтенія права собственности. Они направлены либо на перемѣщеніе благъ (dare), либо на ихъ созданіе (facere). Послѣднюю группу составляютъ возмездные договоры о дѣятельности (Verträge über Handlungen).

Такъ какъ не всякая «дѣятельность» приводитъ прямо или косвенно къ пріобрѣтенію тѣми, кому она обѣщана, правъ на имущество, то сюда нельзя было отнести всѣхъ видовъ трудовыхъ сдѣлокъ. Къ нимъ напр. не причислены договоры о веденіи чужихъ дѣлъ въ качествѣ представителя и о сохраненіи имущества. По той же причинѣ нельзя было отнести къ «Verträge über Handlungen» найма слугъ, подмастерьевъ, вообще договоровъ, устанавливающихъ отношеніе власти и подчиненія, такъ какъ тутъ не обѣщаются конкретныя имущественныя блага и мѣновой элементъ отступаетъ на задній планъ. Для нихъ

[1]) Измѣненіе системы въ указанномъ направленіи объясняется главнымъ образомъ вліяніемъ Дарісса, учителя великаго канцлера Крамера, руководившаго работами по составленію уложенія. Крамеръ самъ въ письмѣ къ одному изъ редакторовъ (напеч. въ Allg. jurist. Monatschrift für die preuss. Staaten, изд. Матисомъ, XI стр. 206) такъ мотивируетъ отнесеніе договоровъ къ вещному праву: «Предметомъ всякаго договора и его цѣлью являются пріобрѣтеніе, передача или прекращеніе какого нибудь juris realis. Когда говорятъ о пріобрѣтеніи вещнаго права, «природа и ассоціація идей» естественно приводятъ къ представленію о сдѣлкахъ, составляющихъ titulus ad acquirendum къ modi acquirendi originarii et derivativi. Контракты слѣдовательно не могутъ считаться самостоятельнымъ отдѣломъ права; ихъ мѣсто въ вещномъ правѣ. Тоже слѣдуетъ сказать о распоряженіяхъ на случай смерти. Это, правда, отступленіе отъ принятой въ учебникахъ системы, но оно имѣетъ свое основаніе въ природѣ вещей и въ послѣдовательности самыхъ идей».

нужно было найти другое мѣсто въ системѣ Уложенія. Разрѣшая эту задачу, редакторы руководствовались одновременно господствовавшими воззрѣніями на природу этихъ договоровъ и указаніями естественнаго права. Взглядъ послѣдняго на семейный союзъ, какъ на societas simplex inaequalis, рамки котораго могутъ быть произвольно расширены и въ составъ котораго входятъ всѣ лица, подчиненныя власти главы семейства, совпалъ съ традиціоннымъ причисленіемъ слугъ (Gesinde) къ «домашнему союзу» (häusslicbe Gesellschaft). Этимъ объясняется изложеніе «правъ и обязанностей господъ и слугъ» въ отдѣлѣ семейственнаго права (II, 5). Содержаніе этой главы построено на мысли о подчиненіи личности слуги хозяйской власти господина. Но такъ какъ отношенія между ними все же формально основаны на договорѣ, а не на кровной связи, семья же разсматривается уложеніемъ, какъ кровный союзъ [1]), составители Уложенія сочли нужнымъ еще въ двухъ мѣстахъ упомянуть о наймѣ слугъ въ видѣ краткихъ ссылокъ: въ отдѣлѣ, посвященномъ договорамъ о дѣятельности (I, II, § 894) и—подъ вліяніемъ римскаго права—послѣ изложенія постановленій объ арендѣ и наймѣ имущества (I, 21 § 398).

Совершенно внѣ связи съ частнымъ правомъ, въ отдѣлѣ о правахъ отдѣльныхъ сословій, излагаются затѣмъ постановленія о наймѣ ремесленныхъ подмастерьевъ и учениковъ (II, 8 отд. 3), о торговыхъ ученикахъ (тамъ же отд. 7) и о корабельномъ экипажѣ (тамъ же отд. 11), къ которому впрочемъ субсидіарно примѣняются положенія о наймѣ слугъ (§ 1534). Уложеніе упоминаетъ также

[1]) II, 3 § 1 Personen, die durch Blutsfreundschaft miteinander verwandt sind, werden zu einer Familie gerechnet. Ср. I, 1 § 5, 42 сл. Ср. однако Koch, Komm. къ I, 1 § 4 № 5. «Der natürliche Umfang der Familie kann künstlich erweitert werden».

о фабричныхъ рабочихъ, называя ихъ «фабрикантами» [1]). Они въ отличіе отъ подмастерьевъ и учениковъ не подлежатъ дѣйствію цехового статута, а нанимаются на общемъ основаніи (§ 423). Они только лишены права продавать, пока работаютъ на фабрикѣ, свои собственныя издѣлія и не могутъ поступить на новое мѣсто безъ свидѣтельства о томъ, что они отпущены прежнимъ хозяиномъ.

Выдѣливъ такимъ образомъ всѣ извѣстные хозяйственному быту той эпохи договоры о служебномъ трудѣ изъ общей категоріи Verträge über Handlungen (I, II), Уложеніе причисляетъ къ послѣднимъ договоры съ простыми рабочими (Handarbeiter) и поденщиками, съ ремесленниками и спеціалистами (Künstler), договоры объ исполненіи условленнаго издѣлія (ein gedungenes Werk), въ частности, о возведеніи постройки, о поставкѣ (Lieferungsverträge), издательскій договоръ и публичное обѣщаніе награды. «Простой рабочій» обязанъ къ личному исполненію работы «согласно уговору, подъ руководствомъ и по указаніямъ нанимателя». Онъ отвѣчаетъ только за грубую небрежность и, насколько онъ дѣйствовалъ согласно данному ему порученію, не онъ несетъ отвѣтственность передъ третьими лицами, а его хозяинъ (I, II § 897). Договоръ можетъ быть заключенъ на срокъ, на время исполненія опредѣленной работы или безсрочно. Въ послѣднемъ случаѣ каждая сторона можетъ прекратить его по истеченіи любого рабочаго дня. Въ этомъ послѣднемъ обстоятельствѣ т. е. въ отсутствіи прочной и длительной связи съ хозяйствомъ нанимателя—существенная разница между

[1]) II, 8 § 407: Anstalten, in welchen die Verarbeitung oder Verfeinerung gewisser Naturerzeugnisse im Grossen getrieben wird, werden Fabriken genannt. Ibid. § 408 Der, welcher eine dergleichen Anstalt für seine Rechnung betreibt, heisst ein Fabrikunternehmer, und diejenigen, welche in einer solchen Anstalt arbeiten, führen den Namen der Fabrikanten.

положеніемъ такихъ работниковъ и лицъ, состоящихъ въ услуженіи. Отъ найма услугъ спеціалистовъ этотъ договоръ отличается тѣмъ, что отъ нихъ требуется знаніе своего дѣла и, насколько способъ работы не предуказанъ, полная отвѣтственность (§ 921).

Личному найму противополагается «исполненіе извѣстнаго издѣлія цѣликомъ (in Pausch und Bogen)», о которомъ Уложеніе содержитъ весьма подробныя постановленія. Мы не будемъ ихъ касаться и оставимъ также въ сторонѣ договоры поставки и издательскій. Намѣтившееся въ римскомъ правѣ дѣленіе трудовыхъ сдѣлокъ на locatio conductio operarum и operis съ внѣшней стороны въ прусскомъ Уложеніи проведено ясно и опредѣленно. Но чѣмъ въ сущности наемъ «только для работы» (bloss zu einer Arbeit) отличается отъ принятія на себя «исполненія цѣлаго издѣлія» (ein ganzes Werk), законъ не указываетъ. Допустивъ, далѣе, возмездное веденіе чужого дѣла (1, 13 § 74 сл.), возмездную поклажу (1, 4 § 76) и вознагражденіе за трудъ не только денежное, но также натуральное, прусское уложеніе фактически уничтожило легко распознаваемыя въ римскомъ правѣ границы между договоромъ личнаго найма и этими сдѣлками. Но наиболѣе яркое отступленіе отъ римскаго права состояло въ указанномъ выше обособленіи исторически сложившихся типовъ служебнаго найма не только отъ «договора о дѣятельности», но вообще отъ имущественныхъ сдѣлокъ.

На австрійскомъ общегражданскомъ Уложеніи 1811 г. [1]) духъ времени и, въ частности, идеи естественнаго права отразились не менѣе, чѣмъ на прусскомъ [2]). Въ его состав-

[1]) Оно появилось позднѣе французскаго кодекса, но самый процессъ его составленія относится къ болѣе раннему періоду, и по духу оно ближе къ прусскому, чѣмъ послѣдній.

[2]) См. Landsberg, ук. соч. I стр. 519 сл., Wellspacher, Das Naturrecht und das allgem. bürg. Gesetzbuch, въ Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB. (1911) стр. 173 сл., Pfaff und Hofmann, Komment. zum ABGB (1877) т. I стр. 9 сл.

леніи принимали весьма дѣятельное участіе видные представители этой науки, какъ Мартини и Цейллеръ. Но естественное право послѣдней четверти XVIII вѣка, углубленное и критически продуманное такими тонкими мыслителями, какъ Кантъ и Фихте, существенно отличается отъ естественнаго права Пуфендорфа и Вольфа. Оно уже не выступаетъ съ претензіею замѣнить положительное право, обнять общія начала для разрѣшенія всѣхъ встрѣчающихся въ жизни правовыхъ вопросовъ. Оно только указываетъ или строитъ идеальные масштабы для провѣрки соотвѣтствія «эмпирическаго» права, т. е. положеній, добытыхъ изъ опыта жизни, высшимъ требованіямъ разума и принципамъ морали. Дѣйствительность этихъ положеній, этого эмпирическаго правопорядка отнюдь не зависитъ отъ ихъ совпаденія съ апріористическими началами естественнаго права. Эмпирическій правопорядокъ даже противополагается правовому идеалу. Онъ покоится на принужденіи, на принудительномъ разграниченіи свободы отдѣльныхъ лицъ, осуществляемомъ законодателемъ сообразно съ требованіемъ государственной мудрости (Staatsklugheit).

Не остались также безъ вліянія на кодификацію австрійскаго права политическія условія конца XVIII вѣка. Въ виду событій, происходившихъ во Франціи, правительства остальныхъ европейскихъ государствъ не могли не остерегаться проникновенія къ нимъ деструктивныхъ идей и тенденцій и не проявлять крайней подозрительности и осторожности во всѣхъ вопросахъ, имѣвшихъ соціальную или политическую окраску.

Эти особенности эпохи составленія Уложенія (въ послѣдней его стадіи) имѣли рѣшающее значеніе для его отношенія къ найму труда. Впрочемъ уже первой кодификаціонной комиссіи, основанной въ 1753 году въ царствованіе Маріи Терезіи, были даны болѣе узкія полно-

мочія и поставлены иныя задачи, чѣмъ въ Пруссіи. Имъ было предписано «ограничиться исключительно частнымъ правомъ, сохранить, елико возможно, дѣйствующіе законы... пользоваться, пандектнымъ правомъ (gemeines Recht), лучшими его истолкователями и законами другихъ государствъ, и для ихъ исправленія и пополненія постоянно обращаться къ общему праву разума» (allgemeines Recht der Vernunft) [1]). Выработанный этою комиссіею проектъ (т. наз. Codex Theresianus) [2]), никого не удовлетворилъ и законодательной санкціи не получилъ. Найму слугъ (Dienstleute) въ немъ отведенъ заключительный раздѣлъ I-ой части «о правахъ лицъ» (Personenrechte). Его постановленія проникнуты всецѣло мыслью о патріархальной власти нанимателя, какъ главы «домашняго союза». Въ государственномъ совѣтѣ, на заключеніе котораго проектъ былъ переданъ, большинство высказалось за уничтоженіе особаго раздѣла о наймѣ Dienstleute на томъ основаніи, что совершеніе этого договора подлежитъ общимъ положеніямъ о наймѣ, а особенности отношеній между господами и слугами, характеръ и предѣлъ власти первыхъ и зависимости вторыхъ составляютъ предметъ «политическаго» [3]), а не гражданскаго законодательства.

Мы уже указывали, что составляемое уложеніе не должно было касаться вопросовъ административнаго права. Кодификацію послѣдняго или, какъ тогда выражались, составленіе особаго «политическаго кодекса» съ самаго

---

[1]) Ср. Zeiller, Commentar über das ABGB. т. I стр. 7.

[2]) Онъ болѣе походитъ на учебникъ, чѣмъ на законъ и представляетъ собою любопытный образчикъ механическаго сочетанія положеній, извлеченныхъ изъ Corpus juris, съ аксіомами и сентенціами естественнаго права. См. Harras v. Harrasowsky, Codex Theresianus (1883 сл.), Voltelini въ Festschrift I стр. 33 сл.

[3]) Слово «политическое» въ противоположность къ частному или гражданскому праву въ Австріи употреблялось и до сихъ поръ иногда употребляется въ смыслѣ «административное» и «публичное».

начала предполагалось возложить на другое учрежденіе. Надъ сочиненіемъ такого кодекса въ Австріи трудились въ теченіе 60 лѣтъ параллельно съ работами надъ гражданскимъ уложеніемъ, но внѣ всякой связи съ нимъ [1]). Никакихъ практическихъ результатовъ достигнуто не было, но самое раздѣленіе кодификаціоннаго плана служило формальнымъ поводомъ и оправданіемъ для изъятія изъ гражданскаго уложенія всякаго рода общихъ положеній о правахъ гражданъ и т. под., а также всѣхъ вопросовъ, относившихся по воззрѣніямъ того времени къ вѣдѣнію полиціи. Къ нимъ принадлежалъ также наемъ слугъ.

Однако, когда послѣ ряда промежуточныхъ работъ въ 1794 году былъ составленъ новый проектъ [2]), главнымъ редакторомъ котораго былъ вѣнскій профессоръ естественнаго права Мартини, въ отдѣлѣ о правахъ лицъ все же имѣлась глава «о правахъ и обязанностяхъ между господами и слугами (Dienstpersonen)». Въ ней былъ воспроизведенъ съ нѣкоторыми измѣненіями опубликованный незадолго передъ тѣмъ уставъ о слугахъ [3]). Къ Dienstpersonen тутъ были причислены всѣ лица, принадлежащія къ домочадцамъ (Haushalt) въ широкомъ смыслѣ слова, даже воспитатели, хирурги (Wundärzte), секретари, управляющіе. Всѣ они одинаково подчинены хозяйской и дисциплинарной власти «господина» (Herrschaft). Что касается возмезднаго обѣщанія услугъ и работъ «безотносительно къ домашнему союзу» (§ 264), то постановленія о немъ

---

[1]) Исторію работъ надъ политическомъ кодексомъ, мысль о которомъ возникла на почвѣ пререканій между администраціею и судомъ и недовѣрія правительства къ судебнымъ учрежденіямъ, описываетъ Адлеръ: Die politische Gesetzgebung in ihren geschichtlichen Beziehungen zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch въ Festschrift I стр. 83 сл.

[2]) См. его текстъ у Harrasowsky ук. соч. т. V, и Ofner, Der Urentwurf und die Beratungs-Protokolle des österr. ABGB, т. I (1888).

[3]) См. Harrasowsky, Geschichte der Codifikation стр. 157.

были отдѣлены отъ найма вещей и присоединены къ договорамъ о «займѣ подъ ростъ» (Zinsbare Anleihensverträge). Въ основаніи этой системы лежало противопоставленіе незамѣнимыхъ и замѣнимыхъ вещей, какъ объектовъ возмезднаго пользованія. Однимъ изъ видовъ замѣнимыхъ вещей авторы проекта считали «Dienstleistungen und Arbeiten».

Проектъ получилъ силу закона только въ Галиціи, введеніе же его въ остальныхъ частяхъ имперіи встрѣтило энергичный протестъ главнымъ образомъ со стороны такъ наз. директоріи, высшаго органа администраціи. Хотя законодательная комиссія и изъявила готовность, во избѣжаніе проволочекъ, «совершенно опустить столь ненавистныя по обстоятельствамъ времени слова о гражданской свободѣ и о равенствѣ правъ» [1]), проектъ все-таки былъ переданъ въ новую комиссію, въ которой руководство работами скоро перешло къ преемнику Мартини по кафедрѣ естественнаго права, Франну Цейллеру. Это былъ философъ новой школы, кантіанецъ и государственный человѣкъ, готовый итти на компромиссъ тамъ, гдѣ это требовалось обстоятельствами [2]). Задавшись цѣлью посильно приблизить законъ къ идеямъ естественнаго права, онъ въ то же время избѣгалъ всего, что могло вызывать раздраженіе и тормозить успѣхъ кодификаціи. Сперва въ своемъ учебникѣ естественнаго права [3]) и потомъ въ сво-

[1]) Тамъ-же стр. 160.

[2]) Къ характеристикѣ Цейллера ср. Landsberg, ук. соч. I, 1 стр. 524 сл., L. Pfaff, Rede auf Franz v. Zeiller (1891) и Festschrift I стр. 295 сл.

[3]) Das natürliche Privatrecht (1-ое изд. 1802 г., 3-ье изд. 1819 г.). Авторъ въ §16 и сл. отграничиваетъ ученіе о правѣ (Rechtslehre) отъ ученія о мудрости (Klugheitslehre), далѣе отъ морали, положительнаго права и философіи положительнаго права. Послѣдніе только вспомогательные источники, на ряду съ естественнымъ правомъ, черпаемымъ изъ человѣческой природы и изъ принциповъ чистаго разума (reine Vernunfts-Prinzipien). На преемство между «цивильною политикою» Петражицкаго и др. и «фило-

ихъ рѣчахъ при обсужденіи проекта [1]) Цейллеръ рѣшительно высказывался за исключеніе изъ гражданскаго кодекса какъ чисто моральныхъ сентенцій, такъ и постановленій, составляющихъ предметъ другихъ отдѣловъ законодательства, и, въ частности, постановленій «политическихъ». Послѣднія не могутъ удовлетворять обязательному для нормъ гражданскаго права требованію равенства (Gleichförmigkeit), ибо они, также какъ тѣ обстоятельства, отъ которыхъ они зависятъ, случайны и измѣнчивы. Будучи вызваны именно различіемъ сословій и занятій, они не могутъ устанавливать равныхъ правъ и обязанностей [2]). Послѣднее соображеніе имѣло рѣшающее значеніе для постановки трудового договора въ уложеніи. Когда при обсужденіи отдѣла о правахъ лицъ, очередь дошла до «правъ и обязанностей господъ и слугъ», Цейллеръ сперва предложилъ отнести этотъ вопросъ къ «имущественному праву» (Sachenrecht), и обсудить его въ связи съ договоромъ о наймѣ труда (Dingungsvertrag). «Право лицъ (Personenrecht), говорилъ онъ [3]), возникаетъ изъ личныхъ качествъ и личныхъ отношеній и направлено на такія личныя дѣйствія, которыя не могутъ разсматриваться, какъ имѣющія цѣну, какъ предметъ оборота, слѣдовательно не являются вещью... Отношенія между господами и слугами не такого рода. Между ними нѣтъ также товарищества (союза? Gesellschaft) въ смыслѣ объединенія силъ для общей цѣли, ибо у нихъ цѣли разныя: господинъ имѣетъ въ виду услуги, слуга—вознагражденіе. Дѣйствіе служащаго

софіею положительнаго права» Цейллера, какъ особой научной дисциплиною «о разумныхъ основаніяхъ и смыслѣ положительнаго законодательства», указываетъ Konschembahr-Lyskowsky въ Festschrift I стр. 222 N. 61.

[1]) Ср. въ особенности его вступительную рѣчь въ первомъ засѣданіи, посвященномъ обсужденію проекта (Ofner I стр. 5 сл.).

[2]) См. объяснительную записку Цейллера къ первой части (Ofner II стр. 469).

[3]) Ofner I стр. 212.

(einer Dienstperson), его каузальность [1]), оцѣнивается на деньги и слѣдовательно составляетъ предметъ имущественнаго права (Sachenrecht), мѣнового договора и, въ частности, договора о наймѣ труда. Исполняются ли услуги короткое или болѣе продолжительное время, въ домѣ или внѣ дома, это юридически безразлично. Правовыя начала въ томъ и другомъ случаѣ одни и тѣже, только ихъ примѣненіе перетерпѣваетъ нѣкоторыя модификаціи. Въ интересахъ домашняго порядка и безопасности, тѣсно связанныхъ съ общей безопасностью, длительная общность членовъ домашняго союза безспорно требуетъ особыхъ постановленій. Но таковыя составляютъ предметъ не гражданскаго права, а политическаго (административнаго) устава о слугахъ».

При обсужденіи положеній о Dingungsvertrag [2]) комиссія прежде всего отдѣлила его отъ займа въ особый раздѣлъ подъ заглавіемъ: Возмездные договоры объ услугахъ (Dienstleistungen). Этотъ раздѣлъ содержалъ нормы, касающіяся четырехъ договорныхъ типовъ: обѣщанія работы за денежное вознагражденіе (Lohnvertrag), договора между господиномъ (Dienstherr) и слугами (Gesinde), издательскаго договора и обѣщанія дѣйствія (Handlung) или вещи въ обмѣнъ на исполненіе извѣстнаго дѣйствія. Разница между Lohnvertrag и Gesindemiete, по объясненію самаго Цейллера, заключается въ томъ, что «первымъ устанавливается преходящее, вторымъ длительное (bleibend) отно-

---

[3]) Ученіе, что договоромъ пріобрѣтается право на «каузальность воли обязаннаго лица по отношенію къ обѣщанному дѣйствію», позаимствовано Цейллеромъ у Канта. Ср. Metaphysische Anfangsgründe § 20: «Was ist das Aeussere, das ich durch den Vertrag erwerbe? Da es nur die Kausalität der Willkür des Andern in Ansehung einer mir versprochenen Leistnng ist, so erwerbe ich dadurch unmittelbar nicht eine äussere Sache, sondern eine Tat desselben,... das Versprechen eines Andern (nicht das Versprochene)».

[2]) Ofner II стр. 102 сл.

шеніе [1]). Однако, когда очередь дошла до найма слугъ, комиссія, по предложенію Цейллера, единогласно рѣшила совсѣмъ изъять постановленія о немъ изъ гражданскаго кодекса и предоставить его нормировку спеціальному законодательству, а въ уложеніи ограничиться ссылкою на послѣднее. Основаніемъ для такого рѣшенія послужило то, что 1) отношеніе законодательства къ этому виду найма въ значительной мѣрѣ опредѣляется политическими соображеніями и потому не можетъ быть вездѣ и для всѣхъ одинаковымъ, напр. въ условіяхъ городской и сельской жизни, въ большихъ и малыхъ городахъ и т. д. и 2) что споры между господами и слугами не могутъ быть предметомъ «медленной судебной процедуры», а должны разбираться болѣе быстрымъ «политическимъ» (административнымъ) путемъ.

Наемъ труда, не сопряженный съ длительнымъ служебнымъ отношеніемъ, былъ соединенъ вмѣстѣ съ возмезднымъ обѣщаніемъ «издѣлія» (Werk) подъ ничего не говорящимъ названіемъ «договоръ о вознагражденіи» (Lohnvertrag). Составители видѣли тутъ одинъ, а не два договорныхъ типа, хотя отдѣльныя постановленія этой главы и относятся только къ тому или другому случаю т. е. къ найму или подряду. Возмездный мандатъ (ст. 1004) и возмездная поклажа (ст. 969) къ Lohnverträge не причислены, но Цейллеръ въ своемъ комментаріи оговаривается, что къ этимъ договорамъ примѣняются также «постановленія о возмездномъ исполненіи услугъ (entgeltliche Dienstleistungen)» [2]).

Что Lohnvertrag по мысли редакторовъ обнимаетъ только наемъ услугъ безъ установленія служебнаго отношенія, явствуетъ какъ изъ сліянія найма съ подрядомъ,

---

[1]) Zeiller, Commentar über das Allg. bürg. Gesetzb. III къ § 1151...

[2]) Commentar III стр. 207 и 273.

такъ и изъ того, что при постатейномъ обсужденіи термины, указывавшіе на длительное подчиненіе, какъ gedungene Person, Dienstperson и т. п., тщательно вытравлялись и замѣнялись терминами Besteller (заказчикъ) и Bestellte (заказанный, заказополучатель). Правда въ ст. 1160 говорится о «работникахъ, нанятыхъ (bestellt) на опредѣленное время или до окончанія опредѣленнаго издѣлія»: запрещается досрочное расторженіе заключеннаго съ ними договора. Въ ст. 1155 за «нанятымъ лицомъ» (bestellte Person) признается право на соотвѣтственное вознагражденіе въ томъ случаѣ, когда оно «было готово исполнить дѣло (bereit war das Geschäft zu verrichten), но по винѣ заказчика или вслѣдствіе обстоятельства, случившагося въ лицѣ послѣдняго, «было лишено этой возможности. Но то и другое постановленіе примѣнимо также къ найму самостоятельныхъ услугъ. Представленіе о работникѣ, какъ органѣ чужой дѣятельности, и о хозяинѣ, несущемъ весь рискъ случайной неуспѣшности этой дѣятельности, австрійскому уложенію совершенно чуждо. Оно знаетъ только возмездное обѣщаніе работы или «издѣлія» и вытекающія отсюда чисто обязательственныя отношенія. Всѣ другіе элементы отношенія, не имѣющія своимъ непосредственнымъ источникомъ соглашеніе сторонъ, сознательно изъяты изъ сферы компетенціи гражданскихъ законовъ.

Индивидуалистическій взглядъ на договоры вообще и на договоры о трудѣ въ частности получилъ наиболѣе яркое выраженіе въ кодексѣ Наполеона. Въ отличіе отъ прусскаго и австрійскаго уложеній найму слугъ въ этомъ кодексѣ отведено мѣсто въ отдѣлѣ о договорахъ, и не указывается никакой другой источникъ, откуда должны быть черпаемы нормы, регулирующія отношенія между хозяиномъ и слугою и рабочимъ. Въ раздѣлѣ, посвященномъ contrat de louage мы находимъ спеціальную главу, озаглавленную

louage d'ouvrage et d'industrie. Первая статья этой главы (art. 1779) поясняетъ, что «существуетъ три главные роды найма услугъ: 1) наемъ рабочихъ людей, которые нанимаются къ кому либо въ услуженіе: 2) наемъ возчиковъ для перевозки людей или товаровъ какъ сухимъ путемъ, такъ и водою: 3) наемъ подрядчика для производства работъ по смѣтнымъ или оптовымъ цѣнамъ».

Кого законъ называетъ «рабочими людьми» (gens de travail), явствуетъ изъ заглавія первой секціи: du louage des domestiques et ouvriers. Въ ней первоначально содержались двѣ статьи. Первая (art. 1780) направлена противъ пожизненной службы: «нельзя поступить въ услуженіе иначе, какъ на срокъ или для опредѣленнаго предпріятія». Вторая (1781), нынѣ отмѣненная, гласила, что «показаніямъ хозяина дается вѣра: относительно количества жалованія; относительно уплаты онаго за истекшій годъ; относительно выдачъ жалованія въ счетъ текущаго года».

Этими постановленіями исчерпывается содержаніе кодекса по вопросу о наймѣ слугъ и рабочихъ. Не трудно видѣть, что ими взаимныя права и обязанности сторонъ даже не затрагиваются. «Лаконизмъ» и «нѣмота» (le mutisme) закона по этому вопросу сдѣлались крылатыми словами въ французской литературѣ. «Наемъ труда, говоритъ Планіоль [1]), составляетъ одинъ изъ самыхъ недостаточныхъ отдѣловъ въ нашемъ гражданскомъ законодательствѣ; тутъ въ кодексѣ настоящая «дыра»,... большой и достойный сожалѣнія пробѣлъ» (un véritable «trou», une grande et regrettable lacune). Это мнѣніе раздѣляютъ всѣ французскіе цивилисты.

Прослѣдить, какъ мы это сдѣлали по отношенію къ прусскому и австрійскому законодательству, движеніе

---

[1]) Traité élément. de droit civil t. II § 1828.

законодательной мысли и постановку найма слугъ въ различныхъ стадіяхъ кодификаціонной работы было бы безцѣльнымъ, такъ какъ, начиная съ перваго проекта, представленнаго 9-го августа 1793 года Камасересомъ, и до окончательной редакціи кодекса Наполеона [1]) отношеніе къ этому вопросу не измѣнилось. Ни разу въ законодательныхъ комиссіяхъ и собраніяхъ или въ многочисленныхъ заключеніяхъ судебныхъ и другихъ учрежденій не указывалось на необходимость болѣе обстоятельной нормировки [2]) найма слугъ и работниковъ, хотя этотъ договоръ уже въ то время въ практической жизни имѣлъ весьма немаловажное значеніе [3]). Докладчики въ законодательныхъ учрежденіяхъ даже не считали нужнымъ подробно останавливаться на объясненіи этой особенности кодекса, такъ какъ, повидимому, ни они сами, ни лица, передъ которыми они говорили, не видѣли въ умолчаніи закона объ отношеніяхъ, вытекающихъ изъ найма труда, чего нибудь ненормальнаго. Они или отдѣлывались общими фразами о договорной свободѣ или указывали на

---

[1]) Проекты и всѣ вообще относящіеся къ кодексу законодательные матеріалы напечатаны у Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil (1836 и сл.). Къ исторіи французской кодификаціи см. Locré Esprit du Code Napoléon t. I, Barazetti. Einführung in das franz. Civilrecht (1889), Шершеневичъ Курсъ гражданскаго права (1901) т. I вып. II § 41.

[2]) Въ первоначальномъ проектѣ редакціонной комиссіи, (учрежденной 24 термидора VIII ч.), было прибавлено 5 статей, содержавшихъ положенія объ имущественной отвѣтственности слугъ (domestiques) и господъ (maîtres) за досрочное расторженіе договора и постановленіе, что работникъ-спеціалистъ (l'ouvrier artiste), нанятый поденно, не отвѣчаетъ за качество работы. (См. Fenet, II стр. 366). Впослѣдствіи и эти статьи были признаны лишними на томъ основаніи, что ихъ содержаніе уже вытекаетъ изъ общихъ положеній кодекса.

[3]) Объ этомъ свидѣтельствуютъ не только историки хозяйственной жизни Франціи въ эпоху революціи, но также многочисленные ораторы при обсужденіи кодекса. См. напр. докладъ трибуна Mouricault (Fenet, т. 14 стр. 320): Le contrat est d'un usage indispensable et frequent... c'est par lui que la classe laborieuse attire à soi le superflu de la classe opulente, en donnant temporairement à loyer son travail, ses services ou ses soins».

возможность субсидіарнаго примѣненія къ найму слугъ общихъ положеній, содержащихся въ главѣ о наймѣ вещей [1]).

Чѣмъ же можно объяснить такое отношеніе? Нѣтъ сомнѣнія, что духъ времени и господствовавшія философскія воззрѣнія и тутъ сыграли большую роль [2]). Хотя кодексъ составлялся въ то время, когда страсти уже улеглись и жизнь государства вошла въ норму, хотя его авторами были люди практики, опытные судьи и государственные дѣятели, относившіеся отрицательно къ увлеченіямъ и крайностямъ пережитой революціи, все же восторжествовавшія надъ остатками средневѣковья идеи просвѣщеннаго вѣка не могли не отразиться на этомъ величайшемъ законодательномъ памятникѣ той эпохи. Догматы естественнаго права, что законодатель только выражаетъ то, что требуется разумомъ [3]), и что свобода индивидуальнаго самоопредѣленія можетъ подвергаться ограниченію лишь настолько, насколько это вытекаетъ изъ правъ другихъ лицъ, нашли себѣ выраженіе не только въ декларацiи правъ человѣка и гражданина и въ конституціи [4]), но также въ гражданскомъ кодексѣ. Культъ

---

[1]) См. тамъ-же: «Le projet s'en tient à ces dispositions sur ce genre de louage (des domestiques et ouvriers), et elles suffisent. On peut suppléer les dévellopements par l'application de celles des règles générales, énoncées dans le précédent chapitre qui sont de nature à régir également ce contrat».

[2]) Ср. Boistel, Le Code civil et la philosophie du droit въ Le Code civil, Livre du Centenaire (1904) т. I, стр. 47 сл., Michel, L'idée de l'etat (1895) стр. 89 сл., Léon Duguit, Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon (1912).

[3]) Ораторы постоянно повторяютъ эту мысль особенно по отношенію къ договорамъ см., напр., Bigot de Préamineu: Tel est l'ordre admirable de la Providence qu'il n'est bésoin pour régler tous les rapports contractuels que de se conformer aux principes qui sont dans la raison et dans le coeur de tous les hommes. (Fenet т. 13 стр. 215. Ср. еще стр 313, 414, 479).

[4]) Ср. конституцію 1791 г. tit. I § 3: Le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent attente et mettent obstacle à l'exercice des droits naturels et civils...».

индивидуализма, составляющій одну изъ его характерныхъ чертъ [1]), проявился съ особенною силою въ обязательственномъ правѣ и, въ частности, въ провозглашеніи и широкомъ признаніи принципа автономіи воли (art. 6, 1134, 1156 и др.) и усвоеніи построенныхъ на немъ положеній римскаго права [2]).

Тамъ, гдѣ кругъ взаимныхъ правъ и обязанностей фактически не опредѣлялся соглашеніемъ сторонъ, гдѣ послѣднимъ устанавливалось только подчиненіе чужой волѣ и власти, гражданскій законъ, оставаясь на почвѣ принципа автономіи воли, могъ только санкціонировать его и указывать предѣлъ, дальше котораго подчиненіе не могло итти безъ нарушенія неотъемлемыхъ правъ личности. Трибунъ Жоберъ въ своей рѣчи предъ Corps Législatif такъ именно и опредѣляетъ отношеніе проекта къ этому договору: A l'égard des gens de travail, le projet rapelle des principes qui concilient le respect dû aux conventions et à la liberté individuelle. Этимъ исчерпывалась задача, какую себѣ могли поставить редакторы кодекса, не выходя изъ границъ огражденія свободы хозяйственнаго самоопредѣленія.

---

[1]) Edmond Picard, L'évolution historique du droit civil français (1904), стр. 68 называетъ французскій кодексъ «le code de l'individualisme bourgeois et capitaliste». Salcilles; Introduction à l'étude du droit civil allemand (1904) стр. 120 говоритъ: «Le Code civil de 1804 fut dans le domaine de la vie juridique l'expression parfaitement adaptée d'un état social qui bientôt ne sera plus, mais qui venait de triompher, celui de la prépondérance des classes moyennes et de l'individualisme bourgeois».

[2]) Докладчикъ комиссіи Portalis самъ на это указываетъ: «Quant aux autres contrats (кромѣ брачнаго договора) nous sommes réduits à retracer les règles communes. Sur cette matière nous n'irons jamais au-delà des principes, qui nous ont été transmis par l'antiquité, et qui sont nés avec le genre humain. Ср. тамъ-же стр. 323 сл. Римскія ученія, однако, черпались авторами кодекса не изъ первоисточниковъ, а изъ современной литературы, преимущественно изъ Pothier, и судебной практики. Ср. Savigny Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Reehtswissenschaft (1840) стр. 58 сл.

Ссылка на индивидуализмъ однако не объясняетъ намъ, почему ни въ законѣ, ни въ законодательныхъ матеріалахъ мы не находимъ указаній на источникъ тѣхъ нормъ, коими должны были регулироваться отношенія между хозяиномъ и работникомъ. Glasson [1]) и другіе ученые видятъ главную причину этого умолчанія въ томъ, что рабочаго въ современномъ смыслѣ, какъ обширной соціальной категоріи, тогда не существовало. До революціи отношенія подчинялись цеховому режиму и административнымъ регламентамъ, а о томъ, каковы будутъ эти отношенія послѣ отмѣны цеховъ при новомъ строѣ, авторы кодекса себѣ не отдавали яснаго отчета. Но этому утвержденію противорѣчатъ какъ историческія данныя о положеніи и роли рабочаго класса во Франціи въ этотъ періодъ [2]), такъ и законодательные матеріалы. При обсужденіи статьи 1781 кодекса, напр., возникъ вопросъ, примѣнимо ли положеніе, что показанію хозяина слѣдуетъ дать предпочтительную вѣру, одинаково ко всѣмъ рабочимъ(ouvriers)». На это послѣдовало разъясненіе, что въ ст. 1781 рѣчь идетъ только объ отношеніяхъ между «entrepreneur et l'ouvrier, qu'il emploie» и между хозяиномъ и прислугою: относительно этихъ лицъ такое постановленіе необходимо, потому что безъ него рабочіе смогутъ выступать другъ за друга свидѣтелями противъ господина [3]). Такимъ образомъ представленіе о лицахъ, находившихся въ слу-

---

[1]) Le Code civil et la question ouvrière въ Séances et Travaux de l'Academie des sciences morales et politiques за 1886 г. т. 25 стр. 844. Ср. Desjardins, Le code civil et les ouvriers въ Revue de deux Mondes за 1888 т. 86 стр. 350 сл. Pic, Le Centennaire du Code civil et le droit social de demain въ Questions pratiques de législ. ouvrière за 1904 г. стр. 474 и сл. (Отчетъ о торжественномъ засѣданіи въ Сорбоннѣ по случаю столѣтія кодекса).

[2]) См. Е. В. Тарле, Рабочій классъ во Франціи въ эпоху революціи т. I (1909), II (1911) и указанную тамъ литературу.

[3]) См. Fenet, т. 14 стр. 255 сл.

жебномъ отношеніи, и разница между ними и самостоятельнымъ работникомъ не были чужды редакторамъ проекта.

Въ настоящее время, когда имѣются обстоятельныя изслѣдованія исторіи рабочаго законодательства эпохи революціи [1]), едва ли можно еще сомнѣваться, что составители кодекса въ этомъ случаѣ, какъ и во многихъ другихъ, остались на почвѣ правовыхъ воззрѣній прошлаго, что они сознательно не отступились и не желали отступиться отъ нихъ. Легенда о демократическомъ духѣ кодекса или его широкомъ новаторствѣ—по крайней мѣрѣ относительно найма труда—радикально и, надо думать, окончательно поколеблена [2]). О равенствѣ въ то время говорилось и писалось очень много, но никогда серьезно не было рѣчи о томъ, что бы уничтожить соціальныя различія между господами и слугами, между хозяевами и работниками и о созданіи реальнаго противовѣса хозяйской власти. «Слѣдуетъ всегда помнить, говоритъ Hubert-Valleroux (стр. 20), что люди, начавшіе революцію и составлявшіе первыя законодательныя собранія, были bourgeois, т. е. принадлежали къ среднему классу и считали рабочій классъ ниже себя стоящими. Они думали о своемъ уравненіи съ дворянствомъ и духовенствомъ, но никогда бы не допустили, чтобы къ нимъ приравняли рабочихъ и крестьянъ».

Правда среди брошенныхъ въ самомъ разгарѣ революціи громкихъ фразъ встрѣчается также мысль объ уничтоженіи служебнаго отношенія (domesticité) [3]), но

---

[1]) См. особенно Sauzet ук. соч. въ Revue d'Econ. pol. за 1892 г. Hubert-Valleroux, Le contrat de travail (1895) стр. 25 сл., Pic, Traité élem. de législation industrielle стр. 82 сл. и указ. тамъ литературу.

[2]) См. Tissier Le Code civil et les classes ouvrières въ Livre de Cent. I стр. 87 сл., Edmond Picard ук. соч. стр. 66: La Révolution ne rompt pas, ne brise pas le tissu juridique antérieur du droit privé.

[3]) «Всякій человѣкъ», говорится въ декларацiи правъ человѣка, предпосланной Конституціи 1793 г., можетъ обѣщать услуги, отдавать свое

она исчезла безслѣдно и безъ всякаго отзвука. Какъ далеко тогдашнее общество было отъ практическаго осуществленія подобной мысли, видно уже изъ бѣглаго обзора спеціальнаго рабочаго законодательства той эпохи. Въ 1791 г., нѣсколько недѣль спустя послѣ отмѣны цеховъ и корпорацій, былъ опубликованъ законъ Ле Шапелье, запретившій, во имя принципа индивидуальной свободы, подъ угрозою наказанія всякія коалиціи и коллективныя выступленія. За нимъ послѣдовали довольно суровая регламентація положенія рабочихъ на бумажныхъ фабрикахъ, опредѣленіе максимальныхъ цѣнъ на нѣкоторые предметы первой необходимости и максимальной заработной платы, возстановленіе путемъ административнаго разъясненія силы всѣхъ законовъ и декретовъ, спеціально не отмѣненныхъ конституціею, наконецъ изданіе закона 12 апрѣля 1803 года, «о мануфактурахъ, фабрикахъ и мастерскихъ, дѣйствующаго отчасти до сихъ поръ [1]). Этимъ закономъ подтверждается наказуемость стачекъ и коалицій, запрещается наемъ безъ рабочей книжки, опредѣляется максимальный срокъ найма въ одинъ годъ и возлагается на полицію разбирательство споровъ между хозяевами и рабочими.

Такимъ образомъ воззрѣніе, что нормировка отношеній между слугами, рабочими и ихъ хозяевами, насколько она требуется интересами государства, составляетъ задачу публичнаго, а не гражданскаго права, пережило революцію.

время, но онъ не можетъ продавать самаго себя; его личность составляетъ неотчуждаемую собственность». А въ самой Конституціи къ этому прибавлено: «Законъ не признаетъ служебнаго отношенія (la domesticité); между тѣмъ лицомъ, которое работаетъ и тѣмъ, кто его занимаетъ работою (l'emploie), можетъ только имѣть мѣсто un engagement de soins et de reconnaissance». Въ Конституціи III года все это замѣнено указаніемъ, что наниматься можно только на время (à temps). Ср. Hubert-Valleroux стр. 39.

[1]) См. Sauzet стр. 1119 сл., Hubert-Valleroux стр. 35 сл.

Составители кодекса позаимствовали его у дореволюціонныхъ юристовъ — преимущественно у Domat и Pothier—вмѣстѣ съ «мютизмомъ» гражданскаго права по вопросамъ о наймѣ труда. По взглядамъ этихъ ученыхъ и ихъ современниковъ все происходящее между хозяиномъ и слугами составляетъ дѣло домашняго режима, внутренней дисциплины предпріятія и, насколько имъ затрогивались общіе интересы, дѣло полиціи [1]), но не гражданскихъ законовъ. Въ правильности такого взгляда, повидимому, въ началѣ 19 вѣка еще не возникало никакихъ сомнѣній. Вся уступка, сдѣланная редакторами духу времени, состояла въ томъ, что въ самомъ кодексѣ не упоминается о существованіи обширной области, гдѣ договорная свобода подвергалась существеннымъ ограниченіямъ [2]). Но законодатель конечно, не могъ не знать о ея существованіи.

Обзоръ трехъ крупнѣйшихъ кодексовъ, дѣйствовавшихъ въ теченіе XIX вѣка на Западѣ убѣдилъ насъ, что ихъ составители признавали наемъ труда предметомъ гражданскаго, и, въ частности, обязательственнаго права лишь настолько, насколько его предметомъ было обѣщаніе работы и вознагражденія. Все лежавшее за этими предѣлами не укладывалось въ представленіи о договорѣ, какъ свободномъ соглашеніи равноправныхъ лицъ. Но это вовсе

---

[1]) Ср. Sauzet стр. 397.

[2]) Любопытно отмѣтить, что гр. Сперанскій въ своемъ первомъ проектѣ гражд. уложенія, который былъ названъ министромъ юстиціи Трощинскимъ при его обсужденіи въ Государственномъ Совѣтѣ «испорченнымъ переводомъ Наполеонова кодекса» (см. Архивъ Госуд. Совѣта т. IV стр. 146) отсылаетъ относительно «найма домашнихъ слугъ, возщиковъ на близкихъ разстояніяхъ и поденщиковъ» къ полицейскому уставу, а относительно «найма людей для торговыхъ дѣлъ» къ уставу коммерческому. Ср. § 134 и 135 проекта, напечатаннаго въ томъ же томѣ Арх. Гос. Сов. Гр. Сперанскій договорилъ то, что молчаливо предполагалось составителями кодекса Наполеона.

не значитъ, что законодательство считало подчиненіе работника хозяйской власти аномаліею, боролось съ нимъ или совершенно отказалось отъ нормировки трудовыхъ отношеній построенныхъ на хозяйскомъ авторитетѣ. Эти отношенія, составляли предметъ отчасти семейственнаго, отчасти публичнаго права, отчасти спеціальныхъ узаконеній, содержавшихъ нормы частнаго и публичнаго права. Они регулировались закономъ безъ системы, не на основаніи общихъ однообразныхъ положеній, внѣ гражданскихъ законовъ, но они нигдѣ не отождествлялись въ всемъ объемѣ съ наймомъ труда, о которомъ говорится въ кодексахъ.

Остальныя законодательства XIX вѣка большею частью примыкаютъ къ одному изъ перечисленныхъ образцовъ, преимущественно къ французскому, хотя и вносятъ въ него болѣе или менѣе существенныя измѣненія [1]). Исключеніе, насколько рѣчь идетъ о постановкѣ трудового договора, составляетъ нашъ сводъ гражданскихъ законовъ, на которомъ философскія ученія 18 вѣка и романисти-

---

[1]) Наибольшія измѣненія въ главу французскаго кодекса о наймѣ труда внесли португальскій (1867 г.), турецкій (1872 г.) и испанскій (1889 г.) кодексы. Особенно много любопытнаго въ этомъ отношеніи представляетъ турецкій законъ (см. Nicolaides, Appendice à la législation Ottomane т. VII). Усвоенная имъ концепція личнаго найма уже довольно близко подходитъ къ трудовому договору, какъ самостоятельному договорному типу, отличному отъ найма услугъ. Согл. ст. 421: «Наемъ по своему предмету дѣлится на 2 вида 1) le louage d'art et d'industrie и 2) celui qui a pour l'objet le travail des personnes et dans lequel à la place de la chose louée il y a la personne, qui engage ses services. Tel est par exemple le cas, lorsqu'on engage moyennant salaire un ouvrier ou un domestique. Art. 422: Ceux qui engagent leurs services se divisent en deux categories: 1) Ceux, qui louent leurs services exclusivement à une personne; tel est le serviteur à gages; 2) ceux, qui mettent leurs services à la disposition du public sans les consacrer exclusivement à une seule personne. Art. 425: Pour celui, qui loue ses services à une seule personne il suffit, qu'il soit présent et prêt à executer son travail pendant la durée du louage. En d'autres termes pour gagner son salaire, il n'est pas necessaire qu'il travaille effectivement. Toute fois il ne peut se refuser à travailler et s'il le fait, il perd son droit au salaire.

ческая юриспруденція оказали гораздо меньше вліянія, чѣмъ на западныя законодательства.

Сводъ гражданскихъ законовъ, какъ извѣстно, былъ изданъ уже послѣ крушенія попытки Сперанскаго ввести и къ намъ въ нѣсколько сокращенномъ и измѣненномъ видѣ кодексъ Наполеона. Но онъ, по мысли Сперанскаго, все же долженъ былъ служить только пособіемъ и фундаментомъ для будущаго уложенія. По его словамъ «уложеніе безъ свода есть умозрѣніе безъ практики; уложенія не изобрѣтаются, но слагаются изъ прежнихъ законовъ съ дополненіемъ и исправленіемъ ихъ сообразно нравамъ и обычаямъ и дѣйствительной потребности государства». Уже отсюда можно заключить, что Сперанскій въ этой стадіи своей дѣятельности стоялъ ближе къ возрѣніямъ исторической школы, чѣмъ къ естественному праву и философіи XVIII вѣка, и что онъ задался чисто практическими задачами. «Во всѣхъ государствахъ,— такъ начинается составленная имъ записка, [1])—законы образовались постепенно и возникали большею частью не изъ началъ умозрительныхъ, но изъ дѣлъ, изъ случаевъ и частныхъ рѣшеній, коимъ власть законодательная сообщала общую обязательную силу».

Сперанскому и его сотрудникамъ, однако, было только поручено привести въ порядокъ и систему дѣйствующее право, «составить Сводъ законовъ безъ всякихъ измѣненій» [2]). Формально слѣдовательно пополненіе и исправленіе дѣйствовавшихъ законовъ не входило въ ихъ компетенцію. Въ литературѣ высказывается мнѣніе и приведено не мало доказательствъ, что при составленіи свода гражданскихъ законовъ фактически эти границы не всегда

[1]) См. Архивъ историч. и практ. свѣд. изд. Калачева за 1859 г. кн. II стр. 1.

[2]) См. Обозрѣніе историч. свѣдѣній о сводѣ законовъ стр. 70.

соблюдались и что въ сводѣ есть значительное количество новыхъ положеній, позаимствованныхъ редакторами изъ иностраннаго права или изъ другихъ источниковъ. По отношенію къ договору найма труда это утвержденіе лишено основаній. Постановленія о немъ дѣйствительно по духу и содержанію большею частью лишь воспроизводятъ или обобщаютъ положенія, взятыя изъ приведенныхъ редакторами источниковъ или сложившіяся въ судебной практикѣ.

Уже размѣщеніе и классификація договоровъ о трудѣ въ ч. I т. X весьма мало похожи на систему западныхъ кодексовъ. Четвертая книга этой части Свода по плану Сперанскаго, должна была заключать въ себѣ постановленія «объ имуществахъ долговыхъ или обязательствахъ» т. е. все обязательственное право, но въ ней по невыясненнымъ соображеніямъ изложены только обязательства изъ договоровъ [1]). Отдѣльные виды этихъ обязательствъ соединены въ двѣ неравныя по количеству группы: «обязательства по договорамъ на имущества въ особенности» и «обязательства личныя по договорамъ въ особенности». Договоръ подряда отнесенъ къ первой группѣ и соединенъ съ договоромъ поставки. Вторая группа состоитъ изъ договоровъ личнаго найма и довѣренности. Хотя прямыхъ указаній на критерій для разграниченія этихъ двухъ группъ мы не имѣемъ, но уже изъ смысла употребленныхъ словъ видно, что тутъ договоры, устанавливающіе чисто имущественныя отношенія противополагаются договорамъ, порождающимъ «личныя обязательства», въ смыслѣ отношеній, связывающихъ самую личность контрагентовъ. Правда это противопоставленіе плохо вяжется съ разсужденіемъ Сперанскаго, что «союзъ гражданскій

---

[1]) О подробностяхъ плана четвертой книги и о побудительныхъ причинахъ къ отступленіямъ отъ первоначальнаго плана свѣдѣній не имѣется. Ср. Пахманъ, Исторія кодификаціи гражд. права II (1876) стр. 16.

есть или семейственный или союзъ по имуществамъ», ибо для личныхъ обязательствъ какъ будто тутъ не остается мѣста. Но имущественный элементъ имѣется, конечно, также въ личномъ наймѣ и въ договорѣ довѣренности, только не имъ опредѣляется природа вытекающихъ изъ него отношеній. Редакторы свода могли на этомъ основаніи причислить ихъ къ «союзамъ по имуществамъ».

Опредѣленія договора личнаго найма мы въ сводѣ не находимъ. Оно замѣнено поясненіемъ, что «наемъ можетъ быть 1) для домашнихъ услугъ, 2) для отправленія земледѣльческихъ, ремесленныхъ и заводскихъ работъ, торговыхъ и прочихъ промысловъ, 3) вообще для отправленія всякаго рода работъ и должностей не воспрещенныхъ законами» (ст. 1396) [1]). Но отдѣльныя постановленія этой главы по обнимаемому ими кругу явленій не соотвѣтствуютъ такой классификаціи [2]). Они распадаются на три части: одни относятся къ найму въ услуженіе, т. е. соединенному съ подчиненіемъ нанявшагося хозяйской власти нанимателя, другіе къ обѣщанію лицами, отправляющими самостоятельный промыселъ (преимущественно цеховыми мастерами) опредѣленной работы за вознагражденіе, третьи содержатъ общія положенія, примѣнимыя одинаково къ всякому возмездному обѣщанію труда. Хозяйская власть понимается не въ узкомъ смыслѣ власти, принадлежащей главѣ дома надъ проживающими у него лицами, а распространяется на всѣхъ лицъ, отправляющихъ въ хозяйствѣ или предпріятіи нанимателя опредѣленныя функціи,

[1]) Всѣ статьи цитируются по первому изданію свода, о которомъ тутъ только идетъ рѣчь.

[2]) Ср. Пахманъ, ук. соч. II стр. 245, Побѣдоносцева, Курсъ гражд. пр. (2-ое изд.) III, § 49, Гражд. Улож. кн. V (проектъ), объясн. къ ст. 393, Дистерло въ Журн. гражд. и уг. права за 1886 г. кн. 3, Гедримовичъ, тамъ-же за 1888 г. кн. 5 стр. 1 и сл.

какъ напр. на подмастерьевъ, прикащиковъ и т. п., хотя и живущихъ отдѣльно отъ нанимателя. Но, повидимому, въ то время еще могли возникнуть сомнѣнія, не обязанъ ли онъ давать нанявшемуся жилище и содержаніе и тогда, когда на этотъ счетъ никакого уговора между ними не было. Составители свода сочли нужнымъ въ особой статьѣ (1414) разрѣшить этотъ вопросъ въ отрицательномъ смыслѣ, вѣроятно, согласно установившимся въ практикѣ воззрѣніямъ [1]).

Большинство положеній принадлежатъ къ первой группѣ т. е. касаются найма слугъ и рабочихъ. Тутъ мы прежде всего встрѣчаемся съ отзвуками той борьбы, которую вело уложеніе 1649 года противъ прикрѣпленія бѣдняковъ путемъ долгосрочнаго найма, ихъ закабаленія на почвѣ отработки долга [2]), противъ самовольнаго ухода и сманиванія наемныхъ работниковъ и т. д. Въ сводѣ сохранены и обобщены положенія о недѣйствительности найма на срокъ болѣе 5 лѣтъ и дольше того срока, на который нанявшійся «отпущенъ по паспорту», запрещеніе «держать его въ услуженіи подъ условіемъ зажива занятыхъ денегъ и процентовъ дольше этихъ сроковъ», «отходить отъ хозяина» и «отсылать нанявшагося» до истеченія срока договора [3]).

---

[1]) Хотя подъ ст. 1414 (нынѣ 2223) и сдѣланы ссылки на §§ 18 и 19 Уст. Цех. гл. XVI, но изъ нихъ она выведена быть не можетъ.

[2]) Какія чудовищныя злоупотребленія на этой почвѣ происходили еще во второй половинѣ 18 вѣка, объ этомъ свидѣтельствуютъ факты, приведенные въ Указѣ Сената 25 окт. 1765 г. (П.С. 12498), изъ котораго эта статья почерпнута.

[3]) Санкція нарушенія послѣдняго запрета не указана. Относительно ремесленныхъ подмастерьевъ см. впрочемъ Улож. о Нак. ст. 1373. Ушедшіе до срока подмастерье или ученикъ лишались права на «свидѣтельство» отъ мастера, безъ котораго другимъ мастерамъ подъ угрозою денежнаго штрафа запрещалось принимать ихъ на работу (ст. 1434 и Улож. о Нак. ст. 1362). Но это и другія постановленія о свидѣтельствахъ у насъ кажется, никогда практическаго значенія не имѣли.

Для найма слугъ и рабочихъ законъ не требуетъ ни письменной формы, ни участія маклера; онъ можетъ быть заключенъ путемъ врученія хозяину «вида на свободное проживаніе» (ст. 1416). Изъ самаго факта поступленія въ услуженіе или «въ работу» для хозяина вытекаетъ обязанность «обходиться съ нанявшимся справедливо и кротко, содержать его исправно», не выходить изъ предѣловъ договора, а для послѣдняго «быть вѣрнымъ, послушнымъ и почтительнымъ», блюсти хозяйскіе интересы, воздерживаться отъ отправленія «чужой работы» и «отслуживать» убытки, причиненные его «небреженіемъ» (ст. 1419—1423), а въ случаѣ заболѣванія возвращать или отслуживать взятыя впередъ деньги (ст. 1428).

Опредѣливъ отношенія сторонъ въ столь общихъ выраженіяхъ, составители свода не могли не сознавать, что они въ сущности только санкціонируютъ хозяйскую власть надъ нанявшимся, насколько ея проявленіе не противорѣчитъ договору и публичному праву, но не опредѣляютъ взаимныхъ правъ и обязанностей сторонъ. Впрочемъ тамъ, гдѣ хозяйская власть сталкивалась съ родительскою, мужниною или помѣщичьею, она должна была уступить: наемъ несовершеннолѣтнихъ безъ согласія родителей, женъ безъ разрѣшенія мужей и крѣпостныхъ безъ паспорта отъ помѣщика признавался недѣйствительнымъ (ст. 1397). Другія ограниченія хозяйской власти вытекали изъ нормъ публичнаго права, установленныхъ въ огражденіе христіанъ отъ опасности сожительства съ хозяевами-иновѣрцами, или въ цѣляхъ полицейскихъ (паспортныя правила, надзоръ за ремесленными заведеніями и фабриками и т. под.), наконецъ изъ уголовныхъ законовъ. Но содержанія и предѣловъ хозяйской власти законъ не указываетъ. Установивъ обязанность нанявшагося къ вѣрности и послушанію, къ исполненію «той работы, для которой наемъ учиненъ», онъ не

опредѣляетъ ни степени подчиненія нанявшагося, ни отвѣтственности за нарушеніе хозяиномъ своихъ обязанностей. Едва ли можно сомнѣваться, что по воззрѣніямъ составителей свода всѣ эти пробѣлы должны восполняться хозяйскимъ усмотрѣніемъ, что наймомъ слугъ и рабочихъ въ отличіе отъ ремесленнаго заказа и вообще отъ найма отдѣльныхъ услугъ, устанавливается отношеніе власти и подчиненія.

Постановленія объ обѣщаніи опредѣленныхъ работъ или исполненіи опредѣленныхъ порученій лицами, не состоящими въ служебномъ отношеніи къ работодателю, имѣютъ въ нашемъ сводѣ казуистическій характеръ. Они касаются непосредственно только ремесленнаго труда, а потому частью впослѣдствіи были исключены изъ X тома и перенесены въ Уставъ о промышленности. Все ихъ содержаніе, въ сущности, сводится къ указанію, что при отсутствіи яснаго соглашенія между сторонами о размѣрѣ вознагражденія (1411), срокѣ исполненія (1408) или качествѣ работы (ст. 1425) споры разрѣшаются ремесленной управой и другими учрежденіями, имѣвшими надзоръ за цеховыми мастерами. Форма договора ремесленнаго заказа—словесная (1417).

Немногочисленныя положенія, относящіяся ко всѣмъ видамъ найма, имѣютъ столь общій характеръ, что могли бы быть отнесены къ любому договору. Такъ по ст. 1418 (теперь 2228) «договоръ личнаго найма исполняется соблюденіемъ договаривающимися сторонами постановленныхъ въ ономъ условій». По ст. 1409 (2218) «при заключеніи найма договаривающіяся стороны обязаны опредѣлить цѣну онаго». По ст. 1423 слуга отвѣчаетъ за ущербъ, причиненный его небреженіемъ хозяйскому имуществу. Самое помѣщеніе въ сводѣ этихъ вполнѣ очевидныхъ по нашимъ современнымъ понятіямъ положеній доказываетъ, что въ области найма слугъ состояв-

шемуся соглашенію въ то время не всегда придавалось обязательное значеніе [1]) и еще могло подлежать сомнѣнію, опредѣляется ли размѣръ вознагражденія соглашеніемъ или одностороннимъ усмотрѣніемъ хозяина, отвѣчаютъ ли слуги и работники за свою небрежность на общемъ основаніи, или нѣтъ [2]).

Особнякомъ въ нашемъ сводѣ стоитъ постановленіе ст. 1414, требующее изложенія «договора о личномъ наймѣ и объ отдачѣ въ обученіе» на гербовой бумагѣ и его внесенія въ маклерскую книгу [3]). О какомъ личномъ наймѣ тутъ идетъ рѣчь? Слуги и рабочіе нанимаются «по однимъ видамъ на жительство», «цеховымъ мастерамъ, принимающимъ на себя работу», дозволено договариваться словесно. Остаются слѣдовательно всѣ остальные случаи найма услугъ, о которыхъ наши гражданскіе законы, кромѣ указанной статьи, никакихъ особыхъ нормъ не содержатъ.

Постановка договора личнаго найма въ сводѣ существенно иная, чѣмъ въ западныхъ кодексахъ. Въ то время какъ тамъ также, какъ въ римскомъ правѣ, этотъ договоръ объединенъ съ чисто имущественными сдѣлками въ группу, опредѣленную болѣе общими признаками (въ прусскомъ Verträge über Handlungen, въ австрійскомъ—Verträge über Dienstleistungen, въ французскомъ—contrast de louage) и нормируется гражданскими законами только

[1]) Указъ 1766 г. (II. С. 12616), изъ котораго позаимствована ст. 1418 (2228) начинается словами: «Извѣстно Его Императорскому Величеству, что по судебнымъ мѣстамъ не довольно предохранены бываютъ постановленные контракты и т. д.

[2]) Постановленіе ст. 1423 (2233) также не вытекаетъ непосредственно изъ приведенныхъ подъ нею источниковъ, а составляетъ обобщеніе редакторовъ свода.

[3]) Соотвѣтствующая ей ст. 2224 въ теперешнемъ видѣ говоритъ только о возможности засвидѣтельствованія, но смыслъ его остался тотъ-же. Др. мн. Шершеневичъ, учебникъ (10 изд.) стр. 600.

какъ оборотная сдѣлка, какъ обмѣнъ услугъ на деньги, личный наемъ у насъ стоитъ въ сторонѣ отъ «договоровъ по имуществу». Онъ составляетъ вмѣстѣ съ довѣренностью группу «личныхъ обязательствъ», и обнимаетъ, на ряду съ наймомъ отдѣльныхъ услугъ, договоръ о поступленіи въ услуженіе или въ работу. По отношенію къ послѣднему нашъ законъ, оставшись всецѣло на исторической почвѣ, стоитъ ближе къ средневѣковому взгляду, чѣмъ къ римскому. Но составители свода, признавъ наемъ въ услуженіе институтомъ гражданскаго права и посвятивъ ему рядъ статей, не задавались и не могли по условіямъ времени задаться цѣлью создать другіе коррективы къ одностороннему хозяйскому усмотрѣнію, кромѣ надзора административныхъ органовъ, уголовной отвѣтственности и общей обязанности хозяина къ «кроткому обхожденію» и «исправному содержанію». Въ нашихъ гражданскихъ законахъ есть трудовой договоръ, но нѣтъ правовыхъ началъ, регулирующихъ вытекающія изъ него взаимныя отношенія сторонъ, есть санкція хозяйской власти, но нѣтъ точнаго указанія ея предѣловъ и точнаго опредѣленія хозяйскихъ обязанностей и отвѣтственности.

Послѣ изданія разсмотрѣнныхъ нами кодификацій, законодательное творчество въ области гражданскаго права надолго пріостановилось. Въ теченіе цѣлаго столѣтія они, — въ особенности французскій кодексъ [1]), — на ряду съ такъ наз. «общимъ правомъ (gemeines Recht)» т. е. съ римскимъ правомъ новой формаціи, служили правовой основою гражданскаго оборота въ большинствѣ культурныхъ государствъ Европы и Америки. Во второй половинѣ XIX вѣка почти одновременно появились двѣ новыя и болѣе самостоятельныя кодификаціи: Саксонское гражданское уложеніе и Сводъ гражданскихъ узаконеній

[1]) См. выше стр. 337, прим. 1.

губерній Прибалтійскихъ. Въ нихъ добросовѣстно подведены итоги работѣ юристовъ исторической школы въ теченіе первой половины XIX вѣка въ области римскаго и германскаго права. Но измѣнившіяся за истекшіе полвѣка экономическія и соціальныя условія на нихъ очень мало отразились. Въ обоихъ уложеніяхъ договоръ личнаго найма стоитъ рядомъ съ наймомъ вещей и съ подрядомъ [1]), но составляетъ особый договорный типъ. Сущность его заключается въ обѣщаніи одною стороною услугъ (Dienste) [2]) и другою—вознагражденія. Въ отличіе отъ римскаго права допускается обѣщаніе artes и вознагражденіе можетъ состоять не только въ деньгахъ, но также въ вещахъ. Во всемъ остальномъ повторяется римское ученіе въ томъ видѣ, въ какомъ оно обыкновенно излагается въ учебникахъ той эпохи. Оба уложенія оговариваютъ, что спеціальныя узаконенія о наймѣ труда остаются въ силѣ, и что по отношенію къ нимъ постановленія о личномъ наймѣ имѣютъ субсидіарный характеръ [3]). Остзейскій Сводъ посвящаетъ одному изъ этихъ спеціальныхъ видовъ, а именно найму слугъ (Gesindevertrag), особую главу (ст. 4192—4225). Этимъ договоромъ «одна изъ договаривающихся сторонъ,—слуга (Dienstbote),—подчиняется (unterwirft sich) другой,—господину или хозяину (Dienst-oder Brodherrschaft),—для продолжительнаго т. е. не поденнаго исполненія домашнихъ и хозяйственныхъ услугъ съ полученіемъ за то, сверхъ платы,

---

[1]) Въ прибалтійскомъ сводѣ они объединены въ общую главу подъ заглавіемъ: требованія по договорамъ о предоставленіи пользованія. См. подробнѣе Гуляевъ, указ. соч. стр. 215 сл.

[2]) Въ русскомъ переводѣ Остзейскаго Свода слово «Dienste» въ ст. 4172 почему то переведено «личныя послуги», хотя законъ безспорно имѣетъ въ виду не однѣ только услуги, оказываемыя лично.

[3]) Мѣст. Узак. ст. 4172 прим. Ср. Siebenhaar, Lehrb. des sächs. Privatrechts (1872) § 393.

квартиры и стола» (ст. 4192) [1]). Дальнѣйшее содержаніе этой главы состоитъ, кромѣ нѣкоторыхъ постановленій, позаимствованныхъ изъ имперскаго права (напр. ст. 4194), изъ обычныхъ для западныхъ Gesindeordnungen положеній, построенныхъ на представленіи о домашней власти господина, сопряженной съ обязанностью имѣть попеченіе о слугахъ, содержать ихъ, отчасти нести отвѣтственность за нихъ передъ третьими лицами и т. д. Область примѣненія этихъ нормъ строго ограниченная: она касается только лицъ, исполняющихъ низшія должности и проживающихъ въ домѣ хозяина.

Этимъ исчерпывается дѣятельность общегражданскаго законодательства въ области найма труда. Въ теченіе всего XIX вѣка гражданское право оставалось нѣмымъ и безучастнымъ свидѣтелемъ быстраго роста хозяйственной и политической жизни и совершавшагося соціальнаго переворота. Отмѣна крѣпостного права и всѣхъ видовъ вещно-зависимыхъ отношеній, небывалый подъемъ промышленности въ связи съ завоеваніями науки и техники, коренное улучшеніе способовъ и путей сообщенія, развитіе городской жизни и разныя другія причины сильно подняли значеніе наемнаго труда и трудящихся классовъ. Покоящееся на договорѣ трудовое отношеніе сдѣлалось правовымъ основаніемъ матеріальнаго существованія для громаднаго большинства населенія, въ особенности для малоимущаго. Начиная со второй четверти XIX вѣка, оно безпрерывно занимаетъ законодательство и все болѣе и болѣе привлекаетъ къ себѣ вниманіе общества и научныхъ изслѣдователей, но не какъ предметъ гражданскаго права и не какъ проблема цивилистической

[1]) Въ русскомъ переводѣ сказано «обязывается служить болѣе продолжительное время т. е. опредѣленное не днями». . Это не точно выражаетъ мысль закона. Существенно тутъ не только продолжительность договора, но главнымъ образомъ, подчиненіе нанимающагося хозяйской власти.

науки. Растетъ и развивается преимущественно спеціальное законодательство, касающееся опредѣленныхъ категорій лицъ или опредѣленныхъ отраслей хозяйственной жизни. Спеціальныя узаконенія содержатъ не мало цивилистическихъ положеній, касающихся заключенія договора, отношеній сторонъ и пр. Но эти положенія не имѣютъ характера общихъ началъ, а скорѣе отступленій отъ нихъ для регулируемой закономъ области. Принципы и содержаніе гражданскихъ кодексовъ ими ни формально, ни по существу не затрогиваются. Правда судебная практика во всѣхъ случаяхъ, не предусмотрѣнныхъ этими узаконеніями, пытается обосновывать свои рѣшенія на общегражданскихъ законахъ и на указаніяхъ науки. Въ цивилистической литературѣ все болѣе опредѣленно подчеркивается самостоятельность отдѣльныхъ видовъ locatio conductio и, въ особенности, найма вещей и труда. Въ тоже время дѣлаются безчисленныя, хотя и малоуспѣшныя попытки разграниченія личнаго найма, подряда и возмезднаго мандата на почвѣ романистическихъ ученій. Наконецъ подъ давленіемъ измѣнившихся правовоззрѣній и требованій хозяйственной жизни вокругъ скудныхъ постановленій гражданскихъ законовъ о личномъ наймѣ создаются правовыя положенія и проводятся различія, которыя изъ смысла и содержанія писаннаго закона непосредственно не вытекаютъ. Они выводятся отчасти изъ общаго [1]) или даже естественнаго [2]) права, отчасти

[1]) Выше (стр. 200) мы уже приводили мнѣніе Бринца и Пунтшарта, признающихъ, что уже по римскому праву предметъ loc. cond. operarum составляли «Arbeiten... bei denen sich der Leistende in einem dienenden Verhältniss zum Empfänger befindet». Мысль, что нанимающійся при личномъ наймѣ «отдастъ свою рабочую силу въ распоряженіе нанимателя» (seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt) и что въ этомъ заключается отличительный признакъ договора, высказываютъ многіе авторитетные пандектисты, какъ напр. Unterholzner, Lehre des röm. Rechts von den Schuldverh. (1840) II, стр. 343, Keller, Pandekten (1867) II стр. 83 и др.

[2]) См. напр. Sainctelette De la responsabileté et de la garantie (1884) стр. 112.

изъ воззрѣній оборота [1]), наконецъ изъ цивилистическаго содержанія спеціальныхъ законовъ [2]). Но эти попытки примирить дѣйствующій законъ съ требованіями современной жизни, оставаясь на почвѣ господствующихъ ученій, не могли вылиться въ законченное и сознательное

[1]) На нихъ основываютъ свое ученіе юристы, различающіе въ прусскомъ и австрійскомъ правѣ договоръ о предоставленіи своей рабочей силы отъ обѣщанія конкретныхъ услугъ, хотя они, какъ мы видѣли, въ законѣ представляютъ единое цѣлое. См. напр. Dernburg, Preuss. Privatrecht, II § 192: «Eine eigene Gruppe der Verträge über Handlungen bilden die Dienstverträge, durch welche man seine Arbeitskraft einem Dienstherrn nach gewissen Richtungen und für gewisse Zwecke auf Zeit zur Verfügung stellt»; Gruchot, Beiträge sur Erläuterung des preuss. Rechts Bd. 13, стр. 7 и указ. у него литературу. Относительно австрійскаго права см. Schreiber, Der Arbeitsvertrag nach heutigem österr. Privatrecht (1887) стр. 8. Законъ, говоритъ онъ, смѣшиваетъ два существенно различныхъ института... «Слѣдуетъ различать договоры, при которыхъ работникъ отдаетъ свою рабочую силу на время въ непосредственное распоряженіе работодателя и обѣщаніе извѣстнаго трудового эффекта (Arbeitserfolg). Въ первомъ случаѣ работникъ большею частью поступаетъ въ извѣстное зависимое отношеніе къ работодателю, обязуясь располагать своею рабочею силою сообразно съ его указаніями, а работодатель послѣдовательно несетъ рискъ»... Тѣ же разсужденія повторены въ коммент. Штубенрауха (7 изд.) подъ ст. 1151 (II стр. 388), съ указаніемъ, что ими освѣщается «гражданско-правовая сторона личнаго найма (Dienstvertrag), детали котораго относятся къ административному праву» (стр. 386).

[2]) Обобщеніе положеній спеціальнаго права мы находимъ напр. у Bluntschli, Deutsches Privatrecht (2 изд.) § 121: Договоръ мастера съ подмастерьемъ, фабриканта съ рабочимъ, хозяина съ поденнымъ рабочимъ онъ объединяетъ въ общую группу Lohndienstvertrag, которому онъ противопоставляетъ Freidienstvertrag. «Der Lohndienstvertrag bringt den dienenden Theil, wenn auch nur vorübergehend, in ein Abhängigkeitsverhältniss zum Dienstherrn. Jener wird diesem auch zu Gehorsam verpflichtet. Anders der Freidienstvertrag... Endemann, Deutsches Handelsrecht (1876 г. 3 изд.) § 150: Die Arbeitsgeschäfte sind zu unterscheiden: a) solche, welche den Zweck haben, dem Arbeitgeber in irgend welchem Umfange die Benutzung der Arbeitskraft eines Anderen dergestalt zu verschaffen, dass dieser in den Dienst des ersteren tritt und sich in gewissem Masse als unselbständiger Arbeiter dessen Dispositionen unterwirft. b) Solche, durch welche sich der Arbeiter zu einer Arbeitsleistung verpflichtet, ohne in den Dienst des Arbeitsgebers zu treten; also zu einer Arbeitsleistung, die er als selbständiger Arbeiter bewirkt. Ср. Glasson ук. статьи въ Séances et travaux стр. 852 сл., Krasnopolsky въ Grünhuts Zeitschrift т. XIV стр. 273 сл.

построеніе трудового договора, отличнаго отъ возмезднаго обѣщанія предпринимательскихъ услугъ, въ синтезъ и систематическое изложеніе юридическихъ принциповъ, соотвѣтствующихъ природѣ этого договора. Даже монографическая литература XIX вѣка о личномъ наймѣ [1]), продолжаетъ смотрѣть на вытекающую изъ этого договора личную связанность работника, какъ на чисто соціальное явленіе, представляющее интересъ для публичнаго права, для соціальной или экономической политики, но не для гражданскаго права [2]).

---

[1]) Она очень невелика. До 90-хъ годовъ прошлаго столѣтія, кромѣ комментарія Глюка, можно указать на статью «Pacht und Mietvertrag» Weiske, Rechtslexikon т. 7 (1847), Renouard, Mémoire sur le contrat de préstation de travail въ Séances et travaux de l'académie (1854) стр. 161 сл., Courcelle-Séneuil, Le contrat de préstation de travail, тамъ-же за 1889 г. стр. 37 сл., Guillouard, Traité du contrat de louage (2 изд. 1887), Dankwart, Der Arbeitsvertrag въ Jahrb. für Dogm. т. 14 (1875) стр. 228 сл. и Schreiber, указ. сочиненіе.

[2]) Все сказанное относится только къ континентальнымъ государствамъ, но непримѣнимо къ англо-американскому праву и къ англійской юридической литературѣ. Тамъ романистическій взглядъ на наемъ труда, какъ на чисто оборотную сдѣлку, объ обмѣнѣ труда и денегъ, никогда не пустилъ глубокихъ корней и не замѣчается такого разлада между оффиціальнымъ правомъ и научными построеніями съ одной—и воззрѣніями жизни съ другой стороны. Въ Англіи также, какъ на европейскомъ континентѣ, отдѣльныя отрасли найма труда составляютъ предметъ спеціальныхъ нормъ. Но эти узаконенія не врѣзываются клиномъ въ правовую систему, какъ аномаліи, а имѣютъ общую однородную основу въ исторически сложившемся типѣ трудового договора. Такимъ типомъ признается по положеніямъ Common Law подробно разработанный въ судебной практикѣ и въ литературѣ contract of master and servant. Термины master и servant понимаются въ очень широкомъ бытовомъ смыслѣ. Всѣ согласны въ томъ, что отличительный признакъ заключаемаго ими договора составляетъ входящій въ него элементъ подчиненія хозяйской власти. См. напр. *Eversly*, Law of the domestic relations (3 изд. 1906) стр. 859: A servant is a person, who voluntary agrees, whether for wages or not, to subject himself at all times during the period of service to the lawful orders and directions of another in respect of certain work to be done. A master is a person, who is legally entitled to give such orders and to have them obeyed, *Stephen*, Digest of criminal Law (5 изд. 1794 г.) art. 335: A clerk or servant is a person bound either by an express contract of service or by con-

Только въ концѣ вѣка этотъ пробѣлъ начинаетъ восполняться. Въ изслѣдованіяхъ, посвященныхъ отдѣльнымъ видамъ трудового договора, начинаютъ удѣлять больше вниманія цивилистическимъ вопросамъ. Потомъ трудовой

---

duct implying such a contract, to obey the orders and submit to the control of his master in the transaction of the busines, wich it is his duty as such clerk or servant to transact. Ср. также Stephen, New Commentaires on the Law of England (10 изд. т. II) стр. 241 сл. Противъ лицъ, препятствующихъ слугѣ исполнять свои обязанности или посягающихъ на ихъ личность, (даже противъ соблазнителя служанки), master имѣетъ искъ о возмѣщеніи убытковъ отъ понесеннаго имъ «loss of service» (потери услугъ). Такія посягательства онъ даже можетъ отражать силою. Стифенсъ такъ объясняетъ это положеніе: «Основаніемъ (reason and foundation), на которомъ построено это ученіе является, кажется, право собственности (seem to be the property), принадлежащее всякому человѣку на трудъ (service) его слугъ, пріобрѣтенное по договору найма (contract of hiring) и купленное за уплачиваемое имъ вознагражденіе» (стр. 251).

Servants противополагаются лицамъ, отправляющимъ самостоятельный промыселъ и заключаемый ими договоръ ничего общаго не имѣетъ съ обѣщаніемъ отдѣльныхъ услугъ (bailment или hiring of particular service). Особнякомъ отъ нихъ стоятъ также рабочіе (workmen) въ техническомъ смыслѣ, но лишь настолько, насколько ихъ положеніе регулируется спеціальнымъ закономъ. Среди servants англійское право различаетъ лицъ, состоящихъ непосредственными исполнителями и органами хозяйственной дѣятельности нанимателя, и занимающихъ болѣе самостоятельное положеніе. Первые называются menial servants (по мнѣнію однихъ отъ словъ inter moenia, по мнѣнію другихъ отъ meisnee, лат. mansio, франц. maison). Къ нимъ примѣняются нѣкоторыя особыя нормы, въ частности по вопросу о прекращеніи договора (мѣсячный отказъ). Но и menial servant скорѣе бытовой, чѣмъ юридическій терминъ. Eversly (ук. соч. стр. 862) даетъ такое опредѣленіе этого понятія: all indoor servants, whose duty it is to attend the master and perform household acts and who are under the immediate and exclusive control of the master. Др. опредѣленіе см. Smith (Charles. Manley), A Treatise on the Law of master and servant (6 изд. 1906) стр. 57 сл.—Главная обязанность слугъ, это точное исполненіе хозяйскихъ приказаній, если они не сопряжены съ опасностью для нихъ и не противорѣчатъ договору. Хозяинъ же обязанъ, кромѣ уплаты вознагражденія, имѣть попеченіе о своихъ слугахъ, оберегать ихъ отъ опасностей, а лицамъ, живущимъ у него, онъ долженъ (подъ угрозою уголовной кары) давать доброкачественныя помѣщеніе и пищу и т. д. По старымъ, формально до сихъ поръ не отмѣненнымъ статутамъ, онъ является ихъ представителемъ на судѣ и имѣетъ право тѣлеснаго наказанія (patris loco), но эти положенія, также какъ право на физическое принужденіе слугъ къ

договоръ, какъ синтезъ всѣхъ этихъ разновидностей (contrat de travail) подвергается (особенно въ французской литературѣ) болѣе тщательному всестороннему анализу. Наконецъ, какъ мы указали (стр. 45 и сл.) и еще увидимъ ниже, дѣлаются попытки научнаго построенія общаго понятія договора о трудѣ и новой классификаціи трудовыхъ сдѣлокъ, какъ самостоятельной юридической категоріи. Но гораздо сильнѣе и ярче чѣмъ въ литературѣ, тенденція къ обособленію трудового договора отъ найма самостоятельныхъ услугъ проявилась въ законодательствѣ конца XIX и началѣ XX вѣка, гдѣ она уже начала приносить реальные плоды.

Первый общій законъ, въ которомъ мы находимъ прямое указаніе на трудовой договоръ, съ внѣшней стороны относится къ области не матеріальнаго права, а процесса. Это—германскій законъ 21 іюня 1869 года объ арестѣ заработной платы и жалованія [1]), созданный Рейхстагомъ сѣверогерманскаго союза и получившій потомъ примѣненіе во всей имперіи. Согласно § 1 этого закона аресту не подлежитъ «вознагражденіе за работы и услуги, исполненныя на основаніи трудового или служебнаго отношенія (Arbeits-oder Dienstverhältniss), насколько этимъ отношеніемъ всецѣло или большею частью поглощается хозяйственная дѣятельность (Erwerbstätigkeit) лица, полу-

---

исполненію обязанностей (specific performance), въ судебной практикѣ уже не признаются дѣйствующимъ правомъ.

Договору между master и servant и связаннымъ съ нимъ вопросамъ посвященъ цѣлый рядъ монографическихъ работъ, изъ коихъ нѣкоторыя вышли во многихъ изданіяхъ. См. кромѣ уже приведенныхъ сочиненій Eversly и Smith, особенно Macdonald, Law of master and servant и литер., указ. въ Encyclop. of the Laws of England, т. VIII s. v. master and servant.

[1]) Подробности объ этомъ законѣ см. Georg Meyer, Das Recht der Beschlagnahme etc. (1908). Объ аналогичномъ австрійскомъ законѣ 1873 г. см. Pick, Die Lohnbeschlagnahme nach österreich. und deutschem Recht въ Ztschr. f. priv u. öff Recht т. 28 (1900) стр. 1 сл.

чающаго вознагражденіе». Тутъ изъ области найма услугъ выдѣляется опредѣленный кругъ отношеній, для котораго устанавливается, — въ отступленіе отъ общихъ началъ матеріальнаго права,—принципъ неприкосновенности трудового вознагражденія въ той части, въ какой ему присущъ алиментарный характеръ.

При обсужденіи проекта этого закона въ литературѣ [1]) и въ Рейхстагѣ [2]) много говорилось о несоотвѣтствіи такой постановки понятіямъ и положеніямъ матеріальнаго гражданскаго права. Въ отвѣтъ на нихъ депутатъ Ласкеръ указалъ на необходимость въ этомъ вопросѣ не слѣдовать за юриспруденціею, а заставить ее измѣнить свое направленіе. «Мы всѣ согласны, говорилъ онъ, что допущеніе секвестраціи труда не удовлетворяетъ практической жизни, слѣдовательно мы должны издать новый законъ. Мы должны провозгласить новое право и юриспруденція послѣдуетъ за нами шагъ за шагомъ... Не будемъ откладывать изданія этого закона до упорядоченія общей системы права, а составимъ его такъ, чтобы общая система права была вынуждена развиваться и расти въ его духѣ. Тогда это будетъ юриспруденціею новой эпохи»... [3]).

Слова оратора оказались пророческими. Законодательство въ области найма труда сошло съ традиціонныхъ путей, по которымъ двигалась цивилистическая наука XIX вѣка и увлекло за собою юриспруденцію. Не вездѣ и не въ одинаковой степени, но вполнѣ опредѣленно проявляется стремленіе выдѣлить и обособить въ законѣ «трудовое

[1]) См. Schlesinger, Die rechtliche Unzulässigkeit der Beschlagnahme des noch nicht verdienten Lohnes (Lpz. 1869), R. Koch, Ueber die Zulässigkeit der Beschlagnahme von Arbeits= und Dienstlöhnen (Berl. 1869).

[2]) См. Drucksachen des Reichstages des Norddeutschen Bundes за 1869 т. I № 10.

[3]) См. Stenographische Berichte über die Verhandl. des Reichstages des Nordd. Bundes за 1869 г. т. II стр. 910.

отношеніе, поглощающее всю или большую часть хозяйственной дѣятельности работника» превращающее его на время въ органъ чужой дѣятельности. Это стремленіе пока еще не получило точной юридической формулировки и не дало большихъ практическихъ результатовъ. Оно—за немногими исключеніями—даже не поколебало традиціоннаго соединенія въ законѣ найма служебнаго труда и обѣщанія самостоятельныхъ услугъ въ одинъ нераздѣльный договорный типъ. Но оно привело къ тому, что въ большинствѣ культурныхъ государствъ необходимость пересмотра или дополненія этой части законодательства ясно сознается и вопросъ о ея реформѣ поставленъ на очередь Мы ограничимся бѣглымъ обзоромъ того, что уже сдѣлано законодательствомъ въ этомъ направленіи, и постановки вопроса въ новѣйшихъ проектахъ гражданскихъ уложеній [1]).

Реформа найма труда ведется въ двухъ различныхъ направленіяхъ. Въ однихъ государствахъ—преимущественно романистическихъ—она идетъ по пути обобщенія и развитія гражданскоправовыхъ началъ, сложившихся въ области спеціальнаго законодательства, регулирующаго отдѣльные виды служебнаго труда, особенно наемъ промышленныхъ рабочихъ, и въ судебной практикѣ. Исходя изъ мысли, что трудовые договоры, совершаемые въ опредѣленной отрасли хозяйственной жизни или опредѣленною категоріею лицъ, при наличности извѣстныхъ признаковъ составляютъ самостоятельный договорный типъ, не предусмотрѣнный общегражданскими нормами, законодатель задается цѣлью—для восполненія этого пробѣла въ ко-

[1]) Ср. къ слѣдующему В. Б. Ельяшевичъ, Новое движеніе въ области договора о трудѣ въ Правѣ за 1907 г. №№ 3, 4 и 6 и нашу статью въ «Правѣ» за 1908 г. въ №№ 33 и 34: Новый опытъ законодательной нормировки рабочаго договора.

дексѣ, но отдѣльно отъ него въ видѣ самостоятельнаго закона—дать систематическую и по возможности исчерпывающую нормировку этого договорнаго типа, какъ института частнаго права [1]). По формѣ это слѣдовательно не общій, а спеціальный законъ. Но по существу рѣчь идетъ о гражданскоправовой нормировкѣ самостоятельнаго договорнаго типа. Другая группа законодательствъ ставитъ вопросъ шире. Вырабатываемыя положенія должны составить содержаніе главы о личномъ наймѣ въ гражданскомъ Уложеніи. Реформа заключается въ приспособленіи общегражданскихъ законовъ къ природѣ трудовыхъ отношеній и къ условіямъ современной хозяйственной жизни.

Изъ первой категоріи только одинъ проектъ пока получилъ силу закона и то въ очень ограниченной области. Это бельгійскій законъ 10 марта 1900 года о рабочемъ договорѣ (Loi sur le contrat de travail) [2]). По первоначальному проекту, выработанному въ 1891 году по иниціативѣ правительства, предполагалось всесторонне регулировать наемъ рабочихъ и слугъ (ouvriers et domestiques), какъ предметъ гражданскаго права [3]), чтобы такимъ об-

[1]) Одновременно ведется дѣятельная пропоганда въ пользу расширенія и объединенія соціальнаго законодательства объ охранѣ труда, а именно въ пользу распространенія охраны труда на всѣхъ служащихъ (Angestellte, Privatbeamte) независимо отъ ихъ профессіи и отрасли дѣятельности. Горячимъ поборникомъ этой идеи издавна является депутатъ герм. Рейхст. Потгофъ (см. его статьи: Einheitliches Privatbeamtenrecht въ Annalen des deut. Reiches за 1906 г. стр. 401 сл. и Heft 27 и 28 der Schriften der Gesellschaft für soziale Reform). Этотъ вопросъ былъ предметомъ оживленнаго обсужденія на 30 и 31 съѣздахъ герм. юристовъ (См. Verhandlungen, особенно Gutachten Эртмана, Потгофа и Кобача). Ср. мою статью въ Правѣ за 1910 г. № 16.

[2]) Текстъ его вмѣстѣ съ законодательными мотивами напечатанъ въ Pasinomie за 1900 г. стр. 76 сл. и въ Annuaire de la Législation étrang. за 1901 г. Ср. Gustave Abel, Les lois sur le Contrat de travail du 10 mars 1900 etc. (1900) (подробный комментарій) и Flament, La loi belge du 10 mars 1900 etc. (Thèse, Paris 1906).

[3]) Докладчикъ комиссіи 1891 г. проф. Dejace такъ опредѣляетъ данное комиссіи порученіе: «codifier le contrat du louage de services des ouvriers

разомъ заполнить пустое мѣсто въ гражданскомъ кодексѣ, озаглавленное du louage des domestiques et ouvriers [1]).

Проектъ первоначально удѣлилъ главное вниманіе вопросу объ отвѣтственности хозяевъ за несчастные случаи, которому изъ 110 статей были посвящены 93, но впослѣдствіи этотъ вопросъ былъ отдѣленъ и сдѣланъ предметомъ особаго закона. Первая статья проекта содержала опредѣленіе найма рабочихъ и слугъ. Этимъ договоромъ они «обязываются къ исполненію работы или службы подъ властью, руководствомъ и надзоромъ главы предпріятія или хозяина или домовладыки за уплачиваемое этими лицами вознагражденіе» [2]). По объясненію докладчика комиссіи Дежаса «существеннымъ пунктомъ въ этомъ опредѣленіи является то, что работа или служба должны исполняться подъ властью, руководствомъ и надзоромъ хозяина (d'un chef)» [3]).

Однако уже составители перваго проекта не предполагали распространить дѣйствіе закона на высшихъ служащихъ (employés), т. е. на лицъ, не отправляющихъ

et des domestiques d'une manière générale et sous tous les aspects que la loi civile peut embrasser». (Цит. по Flament ук. соч. стр. 19).

[1]) На эту цѣль указывается въ объяснительной запискѣ (Pasinomie стр. 81 сл.) и въ рѣчи докладчика комиссіи въ Сенатѣ. Вотъ его подлинныя слова: «D'autre part, le but de la loi, son objet propre et l'esprit, dans lequel elle a été conçue, se résument en ces termes: combler une lacune du code civil en déterminant les droits et obligations qui, dans le silence des parties, dérivent du contrat., substituer ainsi, pour guider la conscience des juges, appelés à trancher les conflits, des textes clairs et précis à l'application exclusive des principes généraux et des usages parfois incertains et contestés. Mais il y a plus: la loi fait mieux que fixer des usages et de codifier; sur plus d'un point elle innove et améliore la législation existante, en y introduisant des dispositions nouvelles et impératives» (стр. 121 и 122).

[2]) Le louage de service des ouvriers et des domestiques est un contrat par lequel ils s'engagent à accomplir un travail ou un service sous l'autorité, la direction et la surveillance d'un chef d'industrie ou patron, ou d'un chef de ménage, moyennant une rétribution a fournir par ceux-ci. (Pasin. стр. 88).

[3]) Flament, ук. соч. стр. 95.

физическаго или механическаго труда, на учениковъ и на рабочихъ, занятыхъ на дому (ouvriers à domicile). Впослѣдствіи были выдѣлены также домашнія слуги (domestiques), такъ что остались одни только ouvriers, какъ опредѣленная соціальная категорія [1]). Тогда и редакція первой статьи закона была соотвѣтственнымъ образомъ измѣнена, но сущность ея осталась безъ измѣненія [2]). Въ ней только было указано, что законъ распространяется на всѣхъ «рабочихъ», независимо отъ того, исчисляется ли ихъ вознагражденіе по времени или какимъ нибудь инымъ способомъ. Такое ограниченіе области дѣйствія закона однако отнюдь не было вызвано тѣмъ соображеніемъ, что договоръ найма «рабочихъ» по своей юридической природѣ отличается отъ найма другихъ категорій лицъ, «работающихъ подъ властью, руководствомъ и надзоромъ». Оно мотивируется исключительно особенностями соціальнаго положенія каждой изъ этихъ группъ. «Съ точки зрѣнія чисто юридической концепціи, говорилъ докладчикъ парламентской комиссіи, между различными видами найма труда рабочихъ людей (gens de travail) можно установить весьма большое сходство, но дѣло обстоитъ иначе, если посмотрѣть на нихъ съ соціальной точки зрѣнія... Въ то время, какъ отношенія между рабочими и предпринимателями часто далеки отъ того,

---

[1]) Составители закона сознательно воздержались отъ опредѣленія терминовъ «ouvriers» и «chef d'entreprise». «Такое опредѣленіе, по словамъ объяснительной записки (Pasin. стр. 90), было-бы безполезнымъ и опаснымъ, ибо, сводясь къ простому перечню, оно легко могло бы пропустить какую нибудь категорію»...

[2]) Въ окончательной редакціи ст. 1 гласитъ: «La présente loi régit le contrat par lequel un ouvrier s'engage à travailler sous l'autorité, la direction et la surveillance d'un chef d'entreprise ou patron, moyennant une rémunération à fournir par celui-ci et calculée, soit à raison de la durée du travail, soit à proportion de la quantité, de la qualité ou de la valeur de l'ouvrage accompli, soit d'après toute autre base arrêtée entre parties.

Les chefs-ouvriers et les contremaîtres sont compris parmi les ouvriers.

чтобы имѣть семейный (familial) характеръ, слуга наоборотъ обыкновенно живетъ бокъ о бокъ съ тѣмъ, кого онъ обслуживаетъ, нерѣдко подъ одною крышею и въ близкихъ съ нимъ отношеніяхъ. Рискъ, которому послѣдній подвергается, также совершенно не тотъ, которому подвергаются промышленные рабочіе».

Бельгійское законодательство такимъ образомъ отказалось отъ общей нормировки трудового договора исключительно по практическимъ соображеніямъ. И это становится понятнымъ, если ознакомиться съ ожесточенными нападками, которымъ законопроектъ подвергался въ парламентѣ [1]) какъ со стороны лицъ, вообще отрицательно относящихся къ попыткѣ нормировать хозяйскую власть и опредѣлять въ законѣ хозяйскія обязанности, такъ и со стороны соціалистовъ, для которыхъ всякій законъ, стоящій на почвѣ капиталистическаго строя, есть «une loi de façade» [2]). При такихъ условіяхъ шансы на принятіе закона должны были увеличиваться по мѣрѣ того, какъ съуживался кругъ охватываемыхъ имъ отношеній и, слѣдовательно, затронутыхъ имъ интересовъ. Кромѣ того необходимо принять во вниманіе отсутствіе въ Бельгіи спеціальныхъ кодексовъ [3]), систематически регулирующихъ правовое положеніе опредѣленныхъ соціальныхъ категорій трудящихся подобно германскимъ и австрійскимъ

---

[1]) См. Annales parlamentaires за 1899 и 1900 г.г.

[2]) Ораторъ соціалистической партіи Furnemont при обсужденіи проекта въ засѣданіи 24. II 1899 г. такъ закончилъ свою рѣчь: Je me borne à constater, en terminant, que, de diminution en diminution, ce projet de loi ressemble à tous ceux que vous avez présentés en matière sociale: c'est une novelle loi de façade à ajouter à la nombreuse collection des lois de façade, que vous avez faites jusqu'ici».

[3]) Ихъ мѣсто въ практикѣ занимаютъ частные сборники отдѣльныхъ законовъ подъ названіемъ Codes du travail (напр. Destrée et Hallet). Въ Франціи такой сборникъ недавно составленъ по иниціативѣ правительства въ кодификаціонномъ порядкѣ. Ср. Benoist, Code de travail et de la prévoyance sociale (1906 г.).

Gewerbe и Gesindeordnungen. Въ законѣ 1900 г. мы находимъ, на ряду съ общими положеніями, примѣнимыми ко всѣмъ видамъ трудового договора, нѣкоторыя спеціальныя нормы, относящіяся только къ промышленнымъ рабочимъ. При существованіи особаго промышленнаго устава въ нихъ не было бы надобности. Любопытно то, что нѣкоторымъ постановленіямъ, содержащимъ весьма существенныя отступленія отъ общихъ началъ гражданскаго права, а именно признанію за замужнею женщиною и за несовершеннолѣтними права наниматься и свободно располагать своими трудовыми доходами при отсутствіи протеста со стороны мужа или родителей, и подчиненію этого протеста судебному контролю—въ законѣ 10 марта придается значеніе общихъ нормъ, примѣнимыхъ ко всѣмъ случаямъ «engagement du travail personel и rémuneration due par un tiers du chef de son travail personel» [1]).

Изъ сказаннаго видно, что для природы договора, составляющаго предметъ бельгійскаго закона, то обстоятельство, что рѣчь въ немъ идетъ только о «рабочихъ» въ смыслѣ соціальной группы, совершенно безразлично. Для нея характерно и существенно то, что нанявшійся при исполненіи своихъ обязанностей долженъ подчиняться указаніямъ и считаться съ инструкціями хозяина, что онъ становится подвластнымъ органомъ чужой дѣятельности и исполнителемъ чужихъ плановъ. Для хозяина же силою закона изъ частнаго подчиненія его власти личности нанявшагося вытекаетъ законная обязанность къ посильному ея огражденію отъ опасности и ущерба. Закономъ 10 марта, несмотря на ограниченную область его примѣненія, санкціонируется самостоятельный договорный типъ, отличный отъ найма отдѣльныхъ услугъ по своей

---

[1]) См. Disposition aditionneles art. 38—42.

структурѣ и по послѣдствіямъ, и составляющій въ области оффиціальнаго гражданскаго права совершенно новое явленіе.

Той же системы построенія трудового договора съ ограниченною сферою примѣненія придерживается цѣлый рядъ законопроектовъ, въ разсмотрѣніе которыхъ мы входить не будемъ. Кругъ регулируемыхъ ими отношеній и критеріи для разграниченія трудового договора отъ найма самостоятельныхъ услугъ опредѣляются ими далеко не одинаково [1]). Наиболѣе широкія рамки установлены въ французскомъ проектѣ 1906 года [2]). Онъ различаетъ лицъ, обслуживающихъ опредѣленнаго работодателя (employés), и лицъ, предлагающихъ свои услуги публикѣ. Положенія о трудовомъ договорѣ предполагается примѣнять только къ первымъ.

Вторая группа законодательствъ пытается либо въ отдѣльныхъ постановленіяхъ общегражданскихъ законовъ о личномъ наймѣ, либо въ самомъ опредѣленіи этого понятія оттѣнить особенности тѣхъ случаевъ, когда договоромъ болѣе интенсивно захватывается личность нанявшагося. Нѣкоторые намеки въ этомъ направленіи мы находимъ уже въ швейцарскомъ законѣ 1881 г. объ обязательствахъ—первой кодификаціи, на которой замѣтно отразилась коммерціализація гражданскаго права. Личный

---

[1]) Итальянскій проектъ (см. Camillo Cavagnari, Studi sul contracto di lavoro, Roma, 1902) касается всѣхъ «физическихъ работниковъ (lavoratore manuale»), испанскій (Musée social 1907 № 8 и 9) имѣетъ своимъ предметомъ возмездное исполненіе хозяйственныхъ услугъ въ области промышленности, торговли, земледѣлія и домашняго хозяйства. О другихъ проектахъ краткія свѣдѣнія и отчасти полный текстъ (на нѣмецкомъ языкѣ) можно найти въ журналѣ австрійскаго министерства торговли Soziale Rundschau и въ Bulletin des internationalen Arbeitsamts.

[2]) См. объ этомъ проектѣ нашу статью въ Русской Мысли за апрѣль 1907 г. (тамъ-же русскій переводъ проекта) и приведенную выше (стр. 354 прим. 1) статью проф. Ельяшевича.

наемъ (Dienstvertrag) [1]) опредѣляется въ ст. 338 очень широко какъ «договоръ, коимъ работникъ обязуется къ исполненію личныхъ услугъ и работодатель къ уплатѣ вознагражденія». Но затѣмъ въ ст. 341 говорится особо о томъ случаѣ, когда договоръ заключенъ «на продолжительное время» (auf längere Dauer). Тутъ кратковременная неспособность нанявшагося къ исполненію своихъ обязанностей не лишаетъ его права на вознагражденіе, а когда онъ живетъ въ домѣ нанимателя, онъ въ случаѣ болѣзни имѣетъ право на лѣченіе и уходъ за его счетъ. Послѣдствія невиновной неспособности работника къ труду такимъ образомъ, въ отступленіе отъ общихъ правилъ, переносятся на нанимателя. По ст. 344 при наймѣ подмастерьевъ и домашней прислуги каждая сторона можетъ въ теченіе первыхъ двухъ недѣль отступиться отъ договора, предупредивъ другую за три дня. Наемъ пожизненный можетъ быть прекращенъ нанявшимся во всякое время подъ условіемъ отказа за 6 мѣсяцевъ (ст. 345). Дальнѣйшія исключенія изъ общихъ нормъ при наличности «служебнаго отношенія (Dienstverhältnis)», установлены въ ст. 114 ч. 2, 153 п. 4 и въ ст. 427.

Въ швейцарской литературѣ и судебной практикѣ изъ этихъ постановленій, предусматривающихъ случаи болѣе продолжительной или болѣе интенсивной связанности нанявшагося, сдѣлали тотъ выводъ, что законъ различаетъ два вида найма труда. Фогтъ [2]) такъ опредѣляетъ раз-

[1]) Слово Dienst на нѣмецкомъ языкѣ (также какъ service на романскихъ и англійскомъ) имѣетъ двоякое значеніе: услуга и служба. Этимъ часто затуманивается точный смыслъ словъ Dienstvertrag, Dienstverhäitnis, contrat de service и т. под., но въ тоже время открывается возможность подведенія подъ нихъ какъ отдѣльныхъ услугъ, такъ и службы. Dieustvertrag, louage de service въ этомъ обширномъ значеніи вполнѣ соотвѣтствуетъ нашему «личный наемъ».

[2]) Vogt, Anleitung zur Anwendung des schweizerischen Obligationenrechts стр. 218.

ницу между ними: Первый обнимаетъ обѣщаніе отдѣльныхъ работъ; тутъ наемъ отличается отъ подряда только тѣмъ, что при подрядѣ принимается во вниманіе результатъ обѣщанныхъ работъ, а не самый процессъ работы; индивидуальность работника тутъ и тамъ по общему правилу значенія не имѣютъ (abstraktes Dienstverhältnis). Второй касается «прислуги, подмастерьевъ, учениковъ, занимающихъ постоянную должность (in bleibender Anstellung) прикащиковъ, рабочихъ, конторщиковъ, домашнихъ учителей и т. д. вообще всѣхъ лично связанныхъ согласно 341 ст. на продолжительное время» (konkretes Dienstverhältnis). Иначе опредѣляетъ эту разницу Тальбергъ [1]). По его мнѣнію слѣдуетъ различать Dienstvertrag и Dienstverhältnis [2]). Второе отличается отъ перваго тѣмъ, что оно поглощаетъ всю хозяйствующую личность нанявшагося. «Содержаніе договора тутъ не можетъ быть опредѣлено положительно какъ исполненіе извѣстныхъ личныхъ услугъ, а таковымъ является, если можно такъ выразиться, бланкетное обязательство содѣйствовать осуществленію извѣстной экономической цѣли» (стр. 104). Тальбергъ подробнѣе разбираетъ правовыя особенности «служебнаго отношенія» по сравненію съ «наймомъ услугъ», причемъ приводитъ много доказательствъ того, что судебная практика съ этими особенностями считается.

Швейцарскій законъ еще въ другомъ отношеніи положилъ начало обособленію найма отдѣльныхъ услугъ отъ трудового договора. Онъ отказался отъ критерія безвозмездности для отмежеванія мандата отъ личнаго найма и въ тоже время порвалъ съ традиціоннымъ соединеніемъ

---

[1]) Thalberg, Der Dienstvertrag nach schweiz. Obligationenrecht (Zürcher Diss. 1899) стр. 93 сл.

[2]) Такое противопоставленіе однако нельзя признать правильнымъ, ибо невозможно сравнивать договоръ, съ правоотношеніемъ, а только договоръ съ договоромъ и правоотношеніе съ правоотношеніемъ.

договора порученія съ представительствомъ и полномочіемъ [1]). Этотъ договоръ (Auftrag) по ст. 392 обнимаетъ всякое обѣщаніе «исполнить порученное дѣло (Geschäft) согласно съ волею поручившаго». «Дѣло» можетъ имѣть (въ отличіе отъ прусскаго права) фактическій и юридическій характеръ, можетъ (въ отличіе отъ римскаго и французскаго права) исполняться безвозмездно или за вознагражденіе. Послѣднее платится тогда, когда оно особо условлено или обычно полагается за подобныя услуги. Но чѣмъ-же, спрашивается, возмездное исполненіе «дѣла» отличается отъ личнаго найма? Послѣ нѣкоторыхъ колебаній доктрина [2]) и судебная практика [3]) остановились на томъ, что при личномъ наймѣ удареніе лежитъ на личной связанности нанявшагося, на «возможности располагать чужою рабочею силою» [4]), при порученіи на исполненіи опредѣленнаго дѣла съ тѣмъ, чтобы результатъ соотвѣтствовалъ «волѣ поручившаго». Не трудно видѣть, что подъ такое понятіе о порученіи можетъ быть подведено исполненіе любой конкретно опредѣленной работы, если ея обѣщаніемъ не устанавливается длительная личная связь между сторонами и оно не укладывается ни въ одинъ изъ остальныхъ законныхъ типовъ трудовыхъ сдѣлокъ.

Германское гражданское уложеніе 1896 года, также какъ швейцарскій законъ, формально осталось на почвѣ единаго понятія договора найма услугъ (Dienstvertrag), которымъ «обѣщавшій услуги обязывается къ исполненію

---

[1]) См. объ этомъ подробнѣе въ нашей статьѣ: Договоръ довѣренности или порученія въ Правѣ за 1911 г. № 12—15 и отдѣльно СПБ. 1911.

[2]) См. Vogt, ук. соч. стр. 230, Schultheits-Rechberg: Mandat und Dienstmiete (Zürch. Diss. 1884) стр. 51 сл., Thalberg ук. соч. стр. 40 сл., R. Suter, Der entgeltl. Au´trag (1904 г.).

[3]) См. Schneider und Fick, коммент. къ ст. 392, Haberstich, Handbuch des schweiz. Obligationenrechts II стр. 202 сл.

[4]) Thalberg, ук. соч. стр. 49.

условленныхъ услугъ, а другая сторона къ уплатѣ обѣщаннаго вознагражденія» (§ 611). Первоначальный проектъ, кромѣ этого опредѣленія, содержалъ всего 7 статей, посвященныхъ личному найму. Они были построены на мысли, что отношенія между сторонами исчерпываются, съ точки зрѣнія гражданскихъ законовъ, предоставленіемъ пользованія трудомъ за обѣщанное вознагражденіе и что къ нимъ по аналогіи могутъ примѣняться положенія о наймѣ вещей [1]). Единственное ограниченіе договорной свободы состояло въ томъ, что при наймѣ болѣе, чѣмъ на 10 лѣтъ, нанявшійся могъ расторгнуть договоръ, предупредивъ нанимателя за шесть мѣсяцевъ.

Постановка найма труда въ проектѣ подверглась довольно единодушному осужденію [2]). «Гражданское Уложеніе», говоритъ въ своей критикѣ проекта Гирке [3]), «ничего не знаетъ о томъ, что связанное съ отношеніемъ найма (Dienstverhältnis) поступленіе въ домашній союзъ, въ промыселъ, въ торговый или промышленный организмъ, вообще поступленіе въ одну изъ тѣхъ, имѣющихъ въ дѣйствительности характеръ современныхъ господскихъ союзовъ, связей (Zusammenhänge), которыми изобилуетъ хозяйствующее общество, должно породить своеобразныя взаимныя обязательства моральнаго и соціальнаго свойства».

Вторая комиссія [4]) дополнила первый проектъ цѣлымъ рядомъ новыхъ постановленій. Они въ связи съ тѣми или

---

[1]) Motive zu d. Entw. II стр. 455.

[2]) См. Jacoby, Die Lehre vom Dienstvertrag im Entwurf eines bürg. Gesetzb. въ Arch. fur bürg. Recht IV (1890) стр. 137 сл., Gierke, Der Entw. eines bürg. Gesetzb. (1889) стр. 104 и 246, Menger, Das bürg. Recht und die besitzlosen Volksklassen (въ Arch. f. bürg. Gesetzgebung Bd. II), Loewenfeld, въ Gutachten aus dem Anwaltstande Heft 10 и др.

[3]) Указ. соч. стр. 105.

[4]) См. Protokole der Kommission für die zweite Lesung (Achilles) т. II стр. 276—309 и Denkschrift zum Entwurf eines BGB. (1896) стр. 79 и сл.

другими особенностями состава договора существенно видоизмѣняются его послѣдствія или возлагаются на нанимателя опредѣленныя обязанности, независимо отъ соглашенія сторонъ. Комиссія Рейхстага увеличила число этихъ постановленій [1]). Но предусмотрѣнные ими модифицирующіе факторы не однородны. Мы тутъ встрѣчаемъ позаимствованное изъ закона 1869 г. объ арестѣ заработной платы «поглощеніе всей или главной части хозяйственной дѣятельности» (§§ 622 и 623) и «dauernde Dienstverhältnisse» швейцарскаго закона 1881 г. (§§ 617, 627, 229 и 630) и полученіе постояннаго оклада (feste Bezüge ст. 622) и услуги, исполняемыя «по указаніямъ и подъ руководствомъ» (§ 618. ч. I) и «поступленіе въ домъ нанимателя» (§ 618 ч. 2) и «услуги высшаго разряда (Dienste höherer Art» §§ 622 и 627), наконецъ способъ исчисленія вознагражденія—по времени (§ 621) или на иномъ основаніи (§ 623). Есть и такія положенія, которыя по самому смыслу своему непримѣнимы къ случаямъ обѣщанія отдѣльныхъ конкретныхъ услугъ за вознагражденіе. Таковы напр. § 616, постановляющій, что обязанный къ Diensleistung не лишается права на вознагражденіе въ случаѣ сравнительно кратковременной неспособности къ исполненію безъ собственной вины, § 618 ч. 1, обязывающій работодателя содержать помѣщенія и орудія въ безопасномъ для жизни и здоровья работника состояніи, § 624, ограничивающій продолжительность договора пятилѣтнимъ срокомъ, § 626, допускающій одностороннее досрочное расторженіе договорнаго отношенія при наличности серьезнаго повода (wichtiger Grund) и др. Въ результатѣ значительное большинство отдѣльныхъ положеній закона не совпадаетъ по объему съ легаль-

[1]) Рейхстагомъ внесены §§ 617 и 2 ч. 618 герм. Улож.

нымъ опредѣленіемъ § 611, но не связаны также между собою ни единствомъ признаковъ регулируемыхъ отношеній, ни однородностью содержащихся въ нихъ нормъ. Правда они объединены общею тенденціею къ охранѣ интересовъ нанявшагося въ тѣхъ случаяхъ, когда договоромъ устанавливается длительная, интенсивная личная связанность, но эта мысль не выражена въ видѣ общаго положенія и не получила принципіальнаго признанія. Формально всѣ эти «нормы соціальной справедливости» (Billigkeitsnormen), какъ ихъ нерѣдко называютъ, имѣютъ сингулярный характеръ, ибо составляютъ отступленія отъ правовыхъ началъ, на которыхъ построенъ личный наемъ, какъ оборотная сдѣлка и какъ индивидуальное правоотношеніе. Однако ихъ таковыми не считаютъ ни въ наукѣ [1]), ни въ судебной практикѣ и едва-ли редакторы уложенія такъ на нихъ смотрѣли. Они не рѣшились порвать съ традиціоннымъ опредѣленіемъ договора личнаго найма, обнимающимъ всѣ виды возмезднаго обѣщанія услугъ, не составляющаго предмета подряда или спеціальнаго закона. Но каждая почти статья уложенія свидѣтельствуетъ о томъ, какое значеніе они придавали раз-

[1]) Въ учебникахъ герм. гражд. права эти положенія, насколько намъ извѣстно, нигдѣ не излагаются какъ сингулярныя нормы. Они наоборотъ противопоставляются спеціальнымъ положеніямъ торговаго, промышленнаго и др. уставовъ, какъ *общія*, причемъ преобладаетъ тенденція къ распространительному ихъ толкованію, какъ нормъ, выражающихъ направленіе и общую мысль закона. См. напр. учебники Дернбурга, Кроме, Эндемана, Энекцеруса и др. Относительно отдѣльныхъ положеній см. Springer, Der Begriff des dauernden Dienstverhältnisses im BGB. въ Beitr. zur Erl. d. deut. Rechts т. 50 стр. 153 сл., Schultzenstein, Der § 617 BGB. въ Arch. für bürg. Recht т. 23 стр. 219 сл., Blume, въ «Recht» за 1912 г. Die vorübergehende Verhinderung des zu Dienstleistungen Verpflichteten (§ 616). Послѣдній авторъ различаетъ двоякаго рода Billigkeitsnormen: одни могутъ быть сведены къ общему правовому принципу (Regelrecht), другія, предусматривающія спеціальные случаи, составляютъ Sonderrecht. Послѣ тщательнаго анализа § 616, авторъ относитъ содержащееся въ немъ положеніе къ Regelrecht т. е. видитъ въ немъ общее начало.

ницѣ между службою (въ самомъ широкомъ смыслѣ этого слова) и обѣщаніемъ самостоятельныхъ услугъ для природы договорнаго отношенія.

По вопросу о разграниченіи договоровъ личнаго найма и порученія, предметъ котораго составляетъ безмездное или возмездное «веденіе дѣлъ» (Geschäftsbesorgung), редакторы сперва уклонились отъ прямого отвѣта. «Вопросъ о разграниченіи договора порученія отъ личнаго найма», говорится въ мотивахъ (стр. 526), «дѣло науки, которой его разрѣшеніе можетъ быть предоставлено безъ опасеній». Съ этимъ однако не согласились какъ разъ представители науки [1]). Они указывали, что въ жизни между обѣщаніемъ фактическихъ и юридическихъ услугъ нѣтъ существенной разницы, и что возмездный мандатъ ничѣмъ не отличается отъ личнаго найма. Тогда, не видя другого исхода, редакторы германскаго проекта вернулись къ признаку безмездности. Но изложивъ постановленія о безмездномъ веденіи чужихъ дѣлъ, они въ заключительной статьѣ (§ 675) уничтожаютъ всякое практическое значеніе этого признака тѣмъ, что подчиняютъ «наемъ и подрядъ, имѣющіе своимъ предметомъ Geschäftsbesorgung» положеніямъ о порученіи (см. выше стр. 30). Фактически этимъ открывается возможность, если не квалифицировать (какъ по швейц. закону) наемъ отдѣльныхъ услугъ, какъ договоръ порученія, то примѣнять къ нему постановленія объ этомъ догорѣ.

При обсужденіи главы о наймѣ услугъ въ рейхстагѣ депутатъ Штадтгагенъ, авторъ распространенной въ Германіи книги Das Arbeiterrecht, горячо отстаивалъ предложеніе замѣнить названіе Dienstvertrag терминомъ Arbeitsvertrag и формулировать его опредѣленіе такъ, чтобы

[1]) Ср. напр. Loewenfeld, Ueber den Dienst=, Werk= und Auftragvertr. въ Gutachten aus dem Anwalstande, стр. 858 сл.

подъ него могли быть подведены трудовые договоры, заключаемые большинствомъ населенія, независимо отъ того, составляютъ ли они предметъ спеціальнаго законодательства или нѣтъ. Сообразно съ этимъ должны быть также измѣнены и дополнены отдѣльныя постановленія закона. Предложенное имъ опредѣленіе гласило [1]: «Трудовымъ договоромъ (Arbeitsvertrag) называется договоръ, коимъ работникъ (Arbeitsnehmer) обязуется за условленное вознагражденіе употреблять (verwenden) часть своей рабочей силы для домашняго союза (häusliche Gemeinschaft), хозяйства или промышленнаго предпріятія работодателя. Работникомъ признается также лицо, занятое изготовленіемъ промышленныхъ продуктовъ для опредѣленнаго предпринимателя внѣ его заведенія, даже когда онъ самъ поставляетъ сырой и вспомогательный матеріалъ». Мысль Штадтгагена не встрѣтила въ Рейхстагѣ принципіальныхъ возраженій. Докладчикъ комиссіи указалъ только на то, что подъ предложенное опредѣленіе не подойдутъ многіе договоры о наймѣ услугъ, въ особенности дѣятельность высшихъ или такъ наз. либеральныхъ профессій и что гражданское право не можетъ обойтись безъ противопоставленія обѣщанія дѣятельности, какъ таковой (личнаго найма), обѣщанію результата работы (подряду). Никакихъ доказательствъ этого положенія онъ не приводилъ. Тѣмъ не менѣе предложеніе было отвергнуто. Комиссія Рейхстага ограничилась платоническимъ пожеланіемъ, что бы правительство по возможности безотлагательно приступило къ однообразной нормировкѣ договоровъ, о которыхъ говорилъ Штадтгагенъ, такъ какъ «въ указанной имъ области вполнѣ возможно однородное регулированіе найма

[1]) Stenogr. Berichte über die Verhandl. des Reichstages за 1896 г. стр. 2796 и Beilage Band III стр. 2251.

труда для всей имперіи» [1]). Но и въ настоящемъ своемъ видѣ глава германскаго уложенія о Dienstvertrag удѣляетъ гораздо больше вниманія гражданско-правовымъ особенностямъ договоровъ найма, въ которыхъ преобладаетъ элементъ личной связанности работника, чѣмъ обмѣну конкретныхъ услугъ на деньги. Гахенбургъ [2]) правильно указываетъ, что суть вопроса («der springende Punkt») теперь лежитъ уже не тамъ, гдѣ прежде. Но онъ несомнѣнно преувеличиваетъ, утверждая, что «наемъ услугъ въ BGB. превратился въ трудовой договоръ (Arbeitsvertrag)». Какъ самостоятельный договорный типъ, отличный отъ найма отдѣльныхъ услугъ, мы его въ германскомъ уложеніи еще не находимъ.

Этотъ послѣдній шагъ былъ сдѣланъ, десять лѣтъ спустя, голландскимъ законодательствомъ. Новелла 13 іюля 1907 г. [3]) къ голландскому гражданскому кодексу соста-

---

[1]) Stenogr. Ber. 95/97 III Anlagenband Supl. 2119 Aktenstück 440b Antrag § 24a: «Es werde die Erwartung ausgesprochen, dass die Verträge, durch welche sich jemand verpflichtet, einen Teil seiner geistigen oder körperlichen Arbeitskraft für die häusliche Gemeinschaft, ein wirtschaftliches oder gewerbliches Unternehmen eines andern gegen einen vereinbarten Lohn zu verwenden, für das Deutsche Reich baldtunlichst einheitlich geregelt werde. Die Kommission empfehle sie, weil sie in ihrer grossen Mehrheit der Meinung wäre, dass die darin bezeichneten Rechtsgebiete sich zu einer einheitlichen gesetzlichen Regelung für das ganze Gebiet des Reichs eignen».

[2]) Max Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag (1898) стр. 41.

[3]) Подлинный текстъ этого закона напечатанъ въ Staatsblad отъ 13 іюля 1907, нѣмецкій переводъ его въ Bulletin des internationalen Arbeitsamtes т. VI стр. 470 и сл., французскій въ Annuaire de législation étrangère т. 37 (1908) стр. 641 сл. Закону 13 іюля посвящена обширная литература въ видѣ комментаріевъ и обстоятельныхъ монографическихъ изслѣдованій. Главнѣйшіе изъ нихъ: Canes, Critische Systematische Commentaar op de Wet het Arbeidscontract (1908) E. M. Meijers, De Arbeidsovereenkomst (2 изд. 1912), Collard, Le contrat de travail en Hollande (extrait de la Revue de droit industriel 1909). Всѣ предшествовавшіе закону 13 іюля проекты и относящіеся къ нему матеріалы напечатаны у Bles, De Wet op de Arbeidsovereenkomst (4 тома, 1907—1909). См. нашу статью въ Правѣ за 1908 г. № 34.

вляетъ эпоху въ исторіи найма труда и означаетъ рѣшительный поворотъ въ сторону новой законодательной классификаціи трудовыхъ сдѣлокъ. Въ голландскомъ гражданскомъ кодексѣ 1838 года также, какъ въ его французскомъ образцѣ, глава о наймѣ слугъ и рабочихъ (huur von dienstboden en werklieden) представляла пустое мѣсто. Въ 1890 году правительство устроило обширную анкету о правовомъ положеніи трудящихся, обнаружившую явную потребность въ законодательной нормировкѣ частноправовыхъ отношеній между работодателемъ и работникомъ, соотвѣтствующей преобладающему въ жизни типу этихъ отношеній. Въ слѣдующемъ году Лейденскому профессору Друкеру было предложено составить проектъ закона о трудовомъ договорѣ (arbeidsovereenkomst), что имъ и было исполнено. Переработанный имъ впослѣдствіи проектъ съ подробною объяснительною запискою былъ въ 1898 году представленъ правительству и легъ въ основаніе законопроекта, внесеннаго въ 1901 г. въ законодательную палату. Вслѣдствіе перемѣны министерства онъ былъ взятъ обратно, снова пересмотрѣнъ въ особой комиссіи и въ измѣненномъ видѣ опять внесенъ въ 1904 г. Въ такомъ видѣ онъ былъ одобренъ подавляющимъ большинствомъ обѣихъ палатъ и сталъ закономъ.

Уже авторъ перваго проекта предложилъ отдѣлить трудовой договоръ отъ «обѣщанія одной или нѣкоторыхъ услугъ» и оба вмѣстѣ отъ подряда, буквально—отъ «принятія на себя дѣла» (aanneming van werk). «Найму отдѣльныхъ услугъ, говорится въ объяснительной запискѣ, при изданіи новаго Уложенія слѣдовало бы отвести особый отдѣлъ. Но сейчасъ еще тутъ нѣтъ такой острой надобности въ реформѣ, какъ относительно трудового договора» (Bles, I стр. 310). Сущность послѣдняго договора, по опредѣленію Друкера, состоитъ въ томъ, что «работникъ за вознагражденіе предоставляетъ на время

въ распоряженіе работодателя цѣликомъ или отчасти свою рабочую силу». Во второмъ проектѣ это опредѣленіе было нѣсколько измѣнено: «Трудовымъ договоромъ называется договоръ, коимъ одна сторона, работникъ, обязуется, находясь въ услуженіи у другой, работодателя, исполнять за обѣщанное ему вознагражденіе въ теченіе опредѣленнаго или неопредѣленнаго времени работу. «Это измѣненіе объясняется въ мотивахъ тѣмъ, что «рабочая сила неотдѣлима отъ самаго работника. Она ничто иное какъ способность къ исполненію работы. Одинъ только работникъ можетъ ею распоряжаться. Отдѣлить рабочую силу отъ своей личности и *предоставить ее въ распоряженіе другого* также невозможно, какъ отдѣленіе и отдача своихъ глазъ» (Bles, I стр. 317). Въ такомъ видѣ это опредѣленіе съ небольшими редакціонными измѣненіями вошло въ третій проектъ и въ законъ (§ 1637a).

Послѣдній начинается съ общей классификаціи договоровъ о трудѣ:

> Ст. 1637: Кромѣ договоровъ объ исполненіи отдѣльныхъ услугъ, которые регулируются соотвѣтствующими постановленіями закона и соглашеніемъ сторонъ, а—при отсутствіи таковыхъ—обычаемъ, существуетъ еще два вида договоровъ, которыми одна сторона обязуется къ исполненію работы для другой: трудовой договоръ и подрядъ.

Затѣмъ слѣдуетъ опредѣленіе этихъ двухъ договоровъ и обнимаемаго имъ круга отношеній:

> Ст. 1637a: Трудовымъ договоромъ (arbeidsovereenkomst) называется договоръ, коимъ одна сторона, работникъ, обязуется, находясь въ услуженіи (in dienst) у другой стороны, работодателя, исполнять за вознагражденіе въ теченіе извѣстнаго времени работу.
>
> Ст. 1637b: Подрядъ (de aanneming van werk) это договоръ, коимъ одна сторона, подрядчикъ, обязуется соорудить для другой—заказчика, за опредѣленную цѣну опредѣленное дѣло (werk).
>
> Ст. 1637c: Когда договоръ имѣетъ признаки трудового договора и въ тоже время признаки другихъ сдѣлокъ, къ

нему примѣняются какъ постановленія, относящіяся къ трудовому договору, такъ и постановленія, касающіяся этихъ сдѣлокъ. Но въ случаѣ коллизіи примѣняются нормы о трудовомъ договорѣ.

Когда за подрядомъ («принятіемъ дѣла») слѣдуетъ рядъ такихъ же договоровъ, хотя и съ промежутками, или когда при самомъ заключеніи договора видно намѣреніе сторонъ заключить нѣсколько однородныхъ договоровъ, которые всѣ вмѣстѣ могутъ разсматриваться какъ трудовой договоръ, тогда къ каждому изъ нихъ въ отдѣльности и ко всѣмъ имъ вмѣстѣ должны примѣняться постановленія о трудовомъ договорѣ, а примѣненіе постановленій шестого отдѣла этого титула, (трактующаго о подрядѣ), исключается. Но когда въ такомъ случаѣ первый договоръ имѣетъ характеръ пробы (испытанія), онъ разсматривается какъ подрядъ и къ нему примѣняются постановленія шестой главы.

Изъ изложеннаго видно, что голландскій законъ дѣлитъ всѣ трудовыя сдѣлки на три категоріи: обѣщаніе отдѣльныхъ услугъ (enkele diensten), обѣщаніе опредѣленнаго дѣла (werk) и трудовой договоръ. Нормы о первомъ остались безъ измѣненія. Они содержатся по мнѣнію редакторовъ проекта отчасти въ гражданскомъ кодексѣ, отчасти въ другихъ законахъ, отчасти въ обычномъ правѣ.

Въ главу кодекса о подрядѣ внесено нѣсколько новыхъ положеній, касающихся главнымъ образомъ, того случая, когда предприниматель самъ поставляетъ матеріалъ для изготовляемаго имъ по договору издѣлія. Совершенно новымъ твореніемъ являются постановленія о трудовомъ договорѣ, разбитыя на четыре отдѣла: 1) о трудовомъ договорѣ вообще, 2) объ обязанностяхъ работодателя, 3) объ обязанностяхъ работника и 4) о различныхъ способахъ, коими прекращается «служебное отношеніе» (dienstbetrekking), возникающее изъ трудового договора.

Изложеніе содержанія голландской новеллы лежитъ внѣ рамокъ нашей задачи. Она пытается объединить тотъ

кругъ трудовыхъ сдѣлокъ, которыми личность работника болѣе или менѣе поглощается и прочно связывается. Въ легальномъ опредѣленіи этотъ кругъ отношеній опредѣляется признакомъ «in dienst» (состоя въ услуженіи). По словамъ объяснительной записки «характерная особенность трудового договора, отличающая его отъ подряда («принятія дѣла») заключается въ томъ, что въ первомъ работа исполняется «*въ услуженіи у работодателя*», во второмъ нѣтъ. Отношеніе подчиненія и элементъ власти, выступающіе въ первомъ договорѣ на передній планъ, совершенно отпадаютъ во второмъ» (Bles, I стр. 320). Мы однако видѣли, какъ широко законъ понимаетъ слова «въ услуженіи». Сюда подходитъ также обѣщаніе періодически повторяющейся однородной работы, рядъ слѣдующихъ одинъ за другимъ подрядовъ или вообще услугъ, если по обстоятельствамъ даннаго случая намѣреніе сторонъ направлено на установленіе длительнаго трудового отношенія.

Гражданскоправовыя отношенія, вытекающія изъ трудового договора построены въ законѣ 13 іюля на четырехъ основныхъ началахъ [1]): 1) право на использованіе своей рабочей силы въ формѣ найма должно быть по возможности предоставлено всякому лицу способному къ труду. Отсюда рядъ отступленій отъ общихъ нормъ гражданскаго кодекса, касающихся дѣеспособности замужнихъ женщинъ и несовершеннолѣтнихъ; 2) личность работника и матеріальное существованіе нанявшагося не должны терпѣть ущерба отъ созданнаго договоромъ длительнаго подчиненія хозяйской власти, особенно при наличности экономическаго и соціальнаго неравенства сторонъ. Отсюда множество ограниченій договорной свободы и возлагаемыхъ закономъ на работодателя положительныхъ обязанностей касательно

---

[1]) См. подробнѣе въ Правѣ за 1908 г. № 34.

вознагражденія (его формы, выплаты, неприкосновенности), охраны здоровья, нравственности и религіи работника, условій, при которыхъ ему приходится жить и работать, выдачи ему аттестата и проч.: 3) конкретное содержаніе обязанностей нанявшагося въ предѣлахъ закона, договора и воззрѣній оборота опредѣляется работодателемъ. Отсюда обязанность нанявшагося считаться во всемъ, что касается работы и внутренняго распорядка съ предписаніями работодателя, насколько имп не нарушаются законъ, договоръ или правила внутренняго распорядка, вести себя какъ «добропорядочный работникъ», «работать по мѣрѣ силъ и разумѣнія» и т. д. Впрочемъ характеръ и объемъ исполняемыхъ функцій, въ случаѣ спора, опредѣляются согласно обычаю; 4) длительное трудовое отношеніе вообще не можетъ быть внезапно прекращено одною стороною, но при коллизіи договорныхъ обязанностей съ существенными жизненными или матеріальными интересами допускается его досрочное расторженіе. Сюда относятся постановленія о срокахъ предварительнаго отказа, о законныхъ поводахъ для односторонняго расторженія, примѣнимыхъ какъ при вознагражденіи по времени, такъ и при сдѣльной и аккордной платѣ и т. д.

Положенія закона, говорится въ объяснительной запискѣ, должны одинаково примѣняться «ко всѣмъ, кто за вознагражденіе, состоя въ услуженіи у другого, исполняетъ въ теченіе извѣстнаго времени работу, независимо отъ того, какъ обозначаются и къ какой соціальной категоріи относятся въ оборотѣ стороны такого трудового отношенія». При обсужденіи проекта въ законодательныхъ учрежденіяхъ однако высказывались сомнѣнія въ цѣлесообразности такой однородной нормировки. Нѣкоторые ораторы утверждали, что «мертвящее однообразіе» (doedende uniformiteit) закона кроетъ въ себѣ опасность равнаго отношенія къ фактически неравному и созданія

общихъ нормъ, непригодныхъ для нѣкоторыхъ категорій наемныхъ работниковъ. Но это мнѣніе не встрѣтило сочувствія. Громадное большинство стояло за необходимость нормировать трудовыя отношенія такъ, чтобы всѣ лица, отдающія свою рабочую силу, пользовались защитою права, а не только отдѣльныя категоріи [1]), При этомъ однако допускалась и предвидѣлась необходимость изданія спеціальныхъ узаконеній для болѣе тѣснаго круга трудовыхъ отношеній. Болѣе того—въ самомъ законѣ 13 іюля для отдѣльныхъ законоположеній указывается болѣе ограниченная область примѣненія. Нѣкоторыя изъ нихъ примѣняются только къ работникамъ, доходъ которыхъ составляетъ менѣе четырехъ гульденовъ въ день, другія только къ лицамъ, принятымъ въ домъ работодателя, третьи только къ несовершеннолѣтнимъ. Кромѣ того законъ устанавливаетъ еще одинъ чрезвычайно существенный коррективъ: судьѣ предоставляется широкій просторъ какъ при восполненіи пробѣловъ соглашенія, такъ и при примѣненіи нормъ принудительнаго характера. Въ случаѣ молчанія договора судья опредѣляетъ родъ и количество обѣщанной работы, размѣръ вознагражденія, срокъ, въ теченіе котораго рабочій сохраняетъ право на вознагражденіе при невозможности работать, сроки расплаты и предварительнаго отказа, основательность повода для срочнаго расторженія договора и мн. др. Когда нарушеніемъ договора другой сторонѣ причиненъ ущербъ, не поддающійся денежной оцѣнкѣ, судья опредѣляетъ размѣръ уплачиваемаго вознагражденія «по справедливости» (1367). Ему же въ извѣстныхъ случаяхъ предоставляется право смягченія штрафовъ и неустойекъ, возлагаемыхъ закономъ на работодателя.

---

[1]) Ср. Meijers ук. соч. стр. 47 сл., Bles I стр. 134 сл.

Голландскій законъ 1907 г. не послѣднее по времени слово въ области найма труда. Съ 1912 г. въ Швейцаріи дѣйствуетъ новое гражданское уложеніе, существенно измѣнившее и дополнившее главу закона 1881 года о личномъ наймѣ [1]). Вмѣсто 12 статей эта глава теперь содержитъ 44. На ней при пересмотрѣ и обновленіи обязательственнаго права преимущественно сосредоточивались вниманіе общества и законодательныхъ учрежденій и борьба партій. Она изъ всѣхъ частей закона 1881 г. подверглась наибольшимъ измѣненіямъ.

На несоотвѣтствіе дѣйствовавшаго права о наймѣ труда требованіямъ современной жизни указывалось давно теоретиками и практиками. Съѣздъ швейцарскихъ юристовъ въ 1900 году, а потомъ вторично въ 1902 г., на основаніи обстоятельныхъ докладовъ Лотмара и де Вейса, единодушно высказался за коренную реформу этого отдѣла гражданскихъ законовъ [2]) и того-же требовали многочисленныя общественныя организаціи. Въ 1904 году редактору швейцарскаго уложенія проф. Губеру (Huber) было поручено составленіе проекта реформы обязательственнаго права. Этотъ проектъ затѣмъ подвергся обсужденію въ комиссіи изъ видныхъ юристовъ и членовъ законодательныхъ учрежденій и былъ опубликованъ 3 марта 1905 года вмѣстѣ съ краткою объяснительною

---

[1]) См. къ слѣдующему Rossel-Mentha, Manuel du droit civil suisse т. III (1912) стр. 362 сл. 434 сл., Adler, Der Dienstvertrag im neuen schweiz. Gesetzbuch въ Schweiz. Juristenzeitung за 1912 г. №№ 6 и 7. Текстъ закона многократно изданъ на франц., нѣм., и итальян. языкахъ. См. русскій переводъ въ Ж. М. Ю. за 1912 г. № 4 и 5 Законодательные матеріалы содержатся въ офиц. изданіяхъ: Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 3 März 1905, тоже отъ 1 іюня 1909 г. Prolokoll der (Berner) Expertenkommission zur Beratung des Obligationenrechts 1908/1909 и Amtliches Stenographisches Bulletin der Schweizer. Bundesversammlung за 1910 и 1911 г.г.

[2]) См. Zeitschr. f. Schweiz. Recht т. XXI (N. F.) стр. 507 сл, 607 сл. 639.

запискою (Botschaft). Въ немъ сохранено названіе Dienstvertrag, но кореннымъ образомъ измѣнено опредѣленіе этого понятія. «Всякій договоръ, говорится въ ст. 1369, которымъ кто либо обязуется въ качествѣ рабочаго, служащаго или ученика исполнять за вознагражденіе въ теченіе опредѣленнаго или неопредѣленнаго времени услуги для хозяина (Dienstherr) или работодателя, признается договоромъ личнаго найма (Dienstvertrag)». Природа договора не мѣняется отъ того, что вознагражденіе обѣщано не по времени, а сдѣльно, если только работникъ обслуживаетъ (angestellt ist) одного и того-же работодателя въ теченіе опредѣленнаго или неопредѣленнаго времени. «Лица, не обслуживающія опредѣленнаго работодателя (wer nicht angestellt ist), только тогда подлежатъ постановленіямъ о личномъ наймѣ, когда работа ими исполняется по времени». Въ объяснительной запискѣ указывается, что для отграниченія личнаго найма отъ подряда и порученія «рѣшающее значеніе имѣетъ вопросъ, предоставляетъ ли работникъ свою рабочую силу работодателю на опредѣленное или неопредѣленное время или-же обѣщаетъ ему опредѣленное дѣйствіе или издѣліе, не связывая себя на извѣстное время т. е. такъ, что исполненіемъ дѣйствія или изготовленіемъ издѣлія правоотношеніе исчерпывается. Въ послѣднемъ случаѣ не можетъ быть рѣчи о «Dienstvertrag». Наоборотъ, «когда работникъ, исполнивъ данное ему порученіе напр. порученную ему вышивку, остается работникомъ своего хозяина (Dienstherrn), тогда должны примѣняться правила о личномъ наймѣ» [1]). Далѣе объясняется, что правовое положеніе ученика тоже опредѣляется главнымъ образомъ тѣмъ, что онъ на продолжительное время обязуется къ работѣ, правда, въ цѣляхъ обученія, которое въ извѣстной

[1]) Botschaft 1905 г. стр. 33 сл.

мѣрѣ замѣняетъ ему вознагражденіе за его трудъ. Поэтому и ученическій договоръ подлежитъ нормамъ о личномъ наймѣ.

Въ проектѣ такимъ образомъ довершается и вполнѣ опредѣленно проводится начавшееся еще въ законѣ 1881 г. обособленіе трудового договора отъ найма отдѣльныхъ услугъ и сообразно съ этимъ введенъ цѣлый рядъ новыхъ началъ и даже новыхъ институтовъ, какъ напр. тарифный договоръ и составляемые кантональными учрежденіями «нормальные контракты». Тѣмъ не менѣе постановка найма труда въ проектѣ встрѣтила отрицательную критику [1]). Относительно опредѣленія понятія Dienstvertrag указывалось, что перечень въ ст. 1369 («рабочіе, служащіе и ученики») не исчерпывающій, ибо этотъ договоръ могутъ заключать лица, не принадлежащія ни къ одной изъ перечисленныхъ категорій и что граница между Dienstvertrag съ одной, Auftrag и Werkvertrag съ другой стороны не проведена достаточно отчетливо. Поэтому область примѣненія отдѣльныхъ положеній часто сомнительна и неясна. Необходимо болѣе опредѣленно выдѣлить тѣ договоры, въ силу которыхъ трудъ становится составною частью производимаго работодателемъ предпріятія» (Grütlianer). Выраженія «angestellt» и «Anstellung», наоборотъ признаны были слишкомъ общими (Лотмаръ). Относительно отдѣльныхъ положеній проекта высказывались самыя разнорѣчивыя сужденія. Одни находили, что ими не въ достаточной мѣрѣ ограждаются интересы трудящихся, другіе наоборотъ, видѣли въ нихъ непосильное для мелкихъ хозяевъ обремененіе и угрозу для отечественной промышленности.

---

[1]) См. въ особенности Lotmar въ Schweiz. Blätter für Wirtschafts-und Socialpolitik т. 13 (1905) стр. 257 сл., Grütlianer за 1905 г. Beilage 80, Oser, въ Blätter für vergl. Rechtwiss. und Volkswirtschaftslehre III, Heft 4 и сл.

Въ виду такихъ разногласій проектъ былъ переданъ на разсмотрѣніе комиссіи экспертовъ, изъ представителей «всѣхъ заинтересованныхъ соціальныхъ и политическихъ группъ». Въ этой комиссіи онъ былъ тщательно переработанъ и дополненъ, а затѣмъ снова внесенъ въ законодательныя учрежденія (Botschaft 1909 г.). Въ обновленномъ проектѣ редакція статьи 1369 (теперь 319) измѣнена: «По договору личнаго найма (Dienstvertrag) нанявшійся (der Dienstpflichtige) обязуется къ исполненію услугъ въ теченіе опредѣленнаго или неопредѣленнаго времени, а хозяинъ (Dienstherr) къ уплатѣ вознагражденія». Договоръ не мѣняетъ своего характера при сдѣльномъ и аккордномъ вознагражденіи, «если только нанявшійся приставленъ къ дѣлу или къ занятіямъ (angestellt oder beschäftigt wird) на опредѣленное или неопредѣленное время. Постановленія о наймѣ примѣняются также къ договору съ ученикомъ».

Докладчики комиссіи въ національномъ Совѣтѣ объяснили, что послѣдняя видитъ характерный признакъ личнаго найма, по выраженію французскаго докладчика Ритти, въ «renouvellement des services, leur continuité», а по выраженію нѣмецкаго—Губера, въ «Zusammenwirken von Arbeitsgeber und Arbeitsnehmer». Послѣдній подробно развилъ передъ Національнымъ Совѣтомъ взглядъ комиссіи: [1]) «Двумя указанными моментами (исполненіемъ работы въ теченіе извѣстнаго времени и обѣщаніемъ вознагражденія) договоръ личнаго найма еще недостаточно характеризуется. Онъ .. не только обмѣнъ работы и вознагражденія, въ немъ есть еще элементъ совмѣстной дѣятельности работодателя и работника для созданія извѣстныхъ правовыхъ благъ (Rechtsgüter)... Работодатель и работникъ имѣютъ общіе интересы и от-

[1]) Amtl. Stenogr. Bulletin Oktober 1909 (Nationalrat) стр. 593.

сюда рождается болѣе или менѣе интенсивное личное отношеніе господства (Herrschaftsverhältnis), правда, совершенно частноправового характера... Мы поэтому и имѣемъ возможность распространить установившіеся въ оборотѣ термины: Dienstherr или Dienstherrschaft и Dienstpflichtige на всю область этого договора и только въ извѣстныхъ случаяхъ употребляемъ другія выраженія, имѣющія болѣе узкій смыслъ».

Комиссія однако не могла не замѣтить, что при такой постановкѣ многочисленные случаи обѣщанія самостоятельныхъ услугъ, причислявшіеся до тѣхъ поръ къ личному найму, остаются внѣ закона. Комиссія рѣшила всѣ эти договоры исключить изъ главы о Dienstvertrag и отнести къ «договору порученія». Опредѣленіе послѣдняго въ новой редакціи (ст. 394, ср. выше стр. 362) обнимаетъ теперь не только обѣщаніе «дѣлъ» (Geschäfte), но также «услугъ» (Dienste). Кромѣ того оно дополнено слѣдующимъ постановленіемъ: «Договоры объ исполненіи работы (Arbeitsleistung), не принадлежащіе къ какой либо особой, предусмотрѣнной настоящимъ закономъ, категоріи, подчиняются нормамъ о порученіи. Вознагражденіе платится въ тѣхъ случаяхъ, когда оно обѣщано или полагается по обычаю». Рамки договора порученія такимъ образомъ сознательно расширены съ цѣлью заполненія пробѣла, образовавшагося послѣ превращенія личнаго найма въ трудовой договоръ. «Въ систематизаціи договоровъ, говорилъ по этому поводу докладчикъ [1]), произведено измѣненіе: порученіе, мандатъ, согласно указаніямъ вашей комиссіи и комиссіи экспертовъ вполнѣ опредѣленно (ausdrücklich) объявленъ субсидіарнымъ правомъ для всѣхъ договоровъ о трудѣ»... «Порученіе не есть полномочіе, какъ полагаетъ французская теорія, ни абсолютно безмездное исполненіе работы,

---

[1]) Тамъ-же стр. 714.

каковымъ оно является по германскому гражданскому уложенію, а порученіе обнимаетъ исполненіе всякаго рода работъ, которому не присущи ни признаки личнаго найма (Dienstvertrag), ни подряда. Оно можетъ соединиться съ полномочіемъ или не соединяться съ нимъ, можетъ быть возмезднымъ или безмезднымъ, хотя послѣднее при сомнѣніи предполагается. Такой характеръ порученія даетъ возможность видѣть въ немъ субсидіарную нормировку тѣхъ трудовыхъ отношеній, которыя въ законѣ особо не нормируются».

Союзный совѣтъ, дополнивъ проектъ комиссіи нѣкоторыми существенными постановленіями, касающимися запрещенія конкуренціи и расторженія договора, 30 марта 1911 года единогласно одобрилъ всю новеллу и она получила силу закона. Мы въ настоящее время не будемъ входить въ разсмотрѣніе отдѣльныхъ постановленій главы о личномъ наймѣ [1]). Также какъ голландскій законъ, швейцарская новелла не отмѣняетъ и не исключаетъ спеціальныхъ узаконеній о наймѣ труда, а напротивъ сама содержитъ рядъ постановленій, относящихся только къ опредѣленной соціальной категоріи. Но подъ личнымъ наймомъ она подразумѣваетъ договоръ, сущность котораго не исчерпывается исполненіемъ конкретнаго порученія за вознагражденіе, а опредѣляется элементомъ длительной личной связи, хотя въ законодательномъ опредѣленіи это и не получило достаточно яснаго выраженія. Значительнымъ шагомъ впередъ по сравненію съ голландскимъ правомъ является признаніе договора порученія однимъ изъ основныхъ типовъ договоровъ о трудѣ, наряду съ личнымъ наймомъ (въ смыслѣ трудового договора) и съ

[1]) См. оцѣнку этихъ постановленій по сравненіи съ германскимъ гражд. улож. у Adler, Sozialpolitiche Probleme des Dienstvertrages въ Archiv f. Sozialwissenschaft т. XXXV Hefl. 3 стр. 707 сл.

подрядомъ. Въ голландской новеллѣ, какъ мы видѣли, «обѣщаніе отдѣльныхъ услугъ» также отличается отъ трудового договора и подряда, но тамъ этотъ видъ найма не получилъ надлежащей законодательной нормировки.

Приведенными данными исчерпываются результаты законодательнаго движенія въ пользу возведенія трудового договора въ самостоятельный типъ въ области дѣйствующаго закона. Это движеніе не могло, конечно, не отразиться на вырабатываемыхъ въ настоящее время новыхъ гражданскихъ уложеніяхъ и новеллахъ къ уже существующимъ. Мы остановимся вкратцѣ на постановкѣ этого вопроса въ венгерскомъ, австрійскомъ и въ нашемъ проектѣ гражданскаго уложенія.

Первый составленъ комиссіею изъ венгерскихъ юристовъ, образованною при министерствѣ юстиціи и опубликованъ въ 1901 году на венгерскомъ и нѣмецкомъ языкахъ [1]) съ цѣлью «дать лицамъ, не вошедшимъ въ комиссію, возможность высказать свое мнѣніе о немъ въ литературѣ или инымъ способомъ». Проекту посвященъ рядъ статей, появившихся на страницахъ Zeitschrift für ungarisches öffentliches und Privatrecht и въ другихъ журналахъ, но дальнѣйшаго движенія онъ, насколько намъ извѣстно, не получилъ. Въ XII титулѣ подъ общимъ заглавіемъ Arbeitsverträge соединены личный наемъ, подрядъ, маклерскій договоръ и публичное обѣщаніе награды, а въ тит. XIII—подъ заглавіемъ Geschäftsführung—договоръ порученія и веденіе чужихъ дѣлъ безъ порученія. «По договору личнаго найма (Dienstvertrag), гласитъ § 1600 одна сторона (Dienstnehmer) обязуется къ работѣ (zu einem Dienste), исполняемой въ домашнемъ или другомъ хозяйствѣ или въ кругѣ дѣлъ (Geschäftskreise) другого, а другая сторона

[1]) Entwurf eines ungarischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches. Erste Fassung (Будапештъ 1901).

(Dienstgeber) къ уплатѣ условленнаго вознагражденія за работу (Dienstlohn)». Большинство отдѣльныхъ положеній касается «лицъ, нанятыхъ на продолжительное время (dauernd angestellte Dienstnehmer)». Въ заключительномъ параграфѣ прямо указывается, что «къ обѣщанію исполненія услугъ, отличныхъ отъ обозначенныхъ въ § 1600, постановленія настоящей главы примѣняются только въ томъ случаѣ, когда рѣчь идетъ о длительномъ служебномъ отношеніи (wenn ein Verhältnis dauernder Anstellung in Rede steht)». Венгерскій проектъ также раздвигаетъ рамки договора порученія, хотя формально исключаетъ его, какъ мы видѣли, изъ числа договоровъ о трудѣ. Согласно § 1659 проекта «предметомъ порученія можетъ быть не только веденіе дѣла, касающагося имущества, (eine Vermögensangelegenheit), но также всякая другая дѣятельность (irgend eine andere Verrichtung). Безвозмездное исполненіе порученія при отсутствіи уговора предполагается только тогда, когда это вытекаетъ изъ обстоятельствъ даннаго дѣла; въ противномъ случаѣ размѣръ вознагражденія опредѣляется по мѣстному обычаю. Редакторы проекта въ мотивахъ объясняютъ по этому поводу, что договоръ порученія является по отношенію къ Dienstvertrag субсидіарнымъ типомъ и противополагается послѣднему, какъ договору, устанавливающему «служебное отношеніе» (Anstellungsverhältnis).

Австрійскій проектъ «закона объ измѣненіи и дополненіи нѣкоторыхъ положеній общегражданскаго уложенія (новеллы къ ABGB.)», согласно съ мыслью, поданною Унгеромъ [1]) и другими австрійскими юристами, не имѣетъ цѣлью полный пересмотръ и коренную реформу дѣйствующаго Уложенія, а только внесеніе въ него «отдѣль-

---

[1]) Ztschr. fur priv и öff. Recht т. 31 (1904) стр. 389 сл.

ныхъ поправокъ (Einzelkorrekturen)» [1]). Въ этихъ предѣлахъ редакторы перваго проекта новеллы, внесеннаго правительствомъ въ 1907 г. въ законодательныя учрежденія [2]), хотѣли также остаться по вопросу о наймѣ труда. Исходя изъ того, что Lohnvertrag обнимаетъ какъ личный наемъ такъ и подрядъ, что содержащіяся въ немъ постановленія «не устарѣли и не негодны, а только недостаточны и неполны», они рѣшили дополнить этотъ отдѣлъ рядомъ постановленій, болѣе подробно и точно опредѣляющихъ отношенія, вытекающія изъ личнаго найма, и такимъ путемъ привести дѣйствующій законъ въ нѣкоторое соотвѣтствіе «съ экономическимъ значеніемъ правоотношеній, служащихъ для большей части населенія почвою для пріобрѣтенія средствъ къ существованію» (стр. 141). Проектъ прежде всего точнѣе опредѣляетъ договоръ личнаго найма. Имъ «нанимающійся (Dienstnehmer) обязуется къ исполненію обѣщанныхъ услугъ, а наниматель (Dienstgeber) къ уплатѣ вознагражденія, если не условлена безвозмездность услугъ» (§ 156). Затѣмъ слѣдуетъ рядъ отдѣльныхъ постановленій, большею частью близко примыкающихъ къ германскому гражданскому уложенію. Они, по словамъ объяснительной записки, примѣняются «какъ къ обѣщанію отдѣльныхъ, такъ и длительныхъ услугъ, какъ къ отношеніямъ, предметъ которыхъ составляетъ исполненіе отдѣльныхъ дѣйствій, такъ и къ тѣмъ, которыми поглощается вся трудоспособность или по край-

[1]) См. критику этой системы у Krasnopolski: Die Aenderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des ABGB (1908), Ehrenzweig, Gutachten über den Entwurf eines Nachtraggesetzes (XI österr. Advokatentag 1908), Wellspacher, Kritische Bemerkungen z. Zivilgesetznovelle (1908) въ Allg. öster. Gerichtszeitung за 1908 г. №№ 9—12 включительно.

[2]) Текстъ этого проекта и объяснительной записки напечатанъ въ № 29 Beilage zu den stenogr. Protokollen des Herrenhauses, XVIII сессія 1907 года.

ней мѣрѣ вся или главная часть способности нанявшагося къ хозяйственной дѣятельности» (ст. 142).

Критики проекта, спеціально остановившіеся на договорѣ личнаго найма [1]), указывали, что вводимые въ дополненіе и развитіе дѣйствующаго закона положенія по духу и содержанію совершенно расходятся съ послѣднимъ и что это только ослабитъ ихъ силу и значеніе и создастъ затрудненія для практики. На туже точку зрѣнія стала комиссія Палаты Господъ, на разсмотрѣніе которой проектъ былъ переданъ [2]). «Недостаточность положеній дѣйствующаго уложенія, говорится въ докладѣ комиссіи, заключается главнымъ образомъ въ томъ, что при ихъ созданіи совершенно не думали о широкой массѣ трудовыхъ отношеній, стоящихъ въ настоящее время на первомъ планѣ... Рѣчь идетъ не столько объ измѣненіи отдѣльныхъ предписаній гражданскаго уложенія, сколько о восполненіи обширнаго пробѣла въ этихъ предписаніяхъ по отношенію къ цѣлой категоріи трудовыхъ сдѣлокъ... Развитіе въ этой области не можетъ быть дольше предоставлено одному спеціальному законодательству... Рядомъ съ нимъ и надъ нимъ должны стоять, какъ единое цѣлое, постановленія гражданскаго уложенія, образующія его основу и содержащія вмѣстѣ съ тѣмъ общую директиву для соціальной нормировки всѣхъ видовъ трудовыхъ отношеній. Они какъ «общее право» (gemeines Recht) должны примѣняться субсидіарно ко всѣмъ типамъ этихъ отношеній. Редактированіе такого права,—вотъ задача новеллы» (стр. 203—204).

---

[1]) См. Grünberg, Der Dienstvertrag nach der Novelle zum ABGB (1908) стр. 13, Adler, Der Arbeitsvertrag im Entwurfe einer Novelle zum ABGB (1908) стр. 9. Ср. также Welspacher ук. статью № 10 стр. 81.

[2]) Значительно дополненный и измѣненный проектъ новеллы съ обширнымъ докладомъ комиссіи, составленнымъ проф. v. Schey, напечатанъ въ № 78 Beil. z. d. Stenogr. Protokollen des Herrenhauses, XXI сессія 1912 года.

Далѣе редакторы ставятъ вопросы: что характерно для личнаго найма въ отличіе отъ подряда и какъ опредѣлить разницу между ними въ законѣ? На первый вопросъ они даютъ такой отвѣтъ: «Характерна противоположность хозяйственныхъ условій и цѣлей. При личномъ наймѣ—длительность отношенія, работа подъ руководствомъ и средствами работодателя, личное исполненіе, отвѣтственность за нерадѣніе, но съ отнесеніемъ какъ успѣшнаго, такъ и неуспѣшнаго результата на счетъ работодателя, словомъ—*личное и хозяйственное подчиненіе работника организму предпріятія работодателя*. При подрядѣ—обѣщаніе одного дѣйствія, исполняемаго по собственному плану, собственными средствами, нерѣдко черезъ помощниковъ и замѣстителей, отвѣтственность не только за нерадѣніе, но также за недостатки работы и несеніе работникомъ риска неудачи, словомъ—сдѣлка (das Geschäft) *самостоятельнаго предпринимателя*».

По второму вопросу они пришли къ заключенію, что для обозначенія въ законѣ указанныхъ особенностей личнаго найма достаточно включить въ опредѣленіе фактическаго состава договора слова: «когда кто либо обязуется на извѣстное время къ Dienstleistung [1]) для другого». Этими словами «указывается на поступленіе въ личное служебное отношеніе (s'engager au service de quelqu'un, c. c. art. 1779), въ противоположность къ обѣщанію отдѣльныхъ услугъ (Dienste zusagen)». Слова «на извѣстное время» означаютъ (относительную) продолжительность, но не въ смыслѣ срока, а въ томъ смыслѣ, что «цѣль обязательственнаго отношенія не исчерпывается опредѣленнымъ дѣйствіемъ, а состоитъ въ болѣе или менѣе длительномъ существованіи (Bestand) отношенія».

[1]) Терминъ Dienst и здѣсь допускаетъ двоякое пониманіе, но изъ дальнѣйшаго видно, что имъ тутъ обозначается трудовое (служебное) отношеніе.

Сообразно съ этимъ Lohnvertrag, о которомъ говорится въ ст. 1151 дѣйствующаго гражд. улож., замѣняется двумя договорами: Dienst-und Werkvertrag и каждому изъ нихъ посвящается отдѣльная глава. Первый возникаетъ, «когда кто либо обязуется на извѣстное время къ Dienstleistung для другого», второй, «когда кто либо обязуется къ изготовленію издѣлія (Herstellung eines Werks) за вознагражденіе». Но, такъ какъ подъ Dienstleisung авторы проекта понимали длительное трудовое отношеніе, то долженъ былъ возникнуть вопросъ, куда же отнести обѣщаніе отдѣльныхъ услугъ, не имѣющихъ характера Dienstleistung? Редакторы новеллы причисляютъ его къ «Werkvertrag», расширивъ это понятіе до предѣловъ римской loc. cond. operis. «Употребленіе слова Werk, поясняютъ они, въ смыслѣ не только физическаго произведенія, но любого другого опредѣленнаго результата (Erfolg), въ такой мѣрѣ и такъ давно укоренилось въ нашемъ языкѣ, въ связи съ римскимъ терминомъ locatio conductio operis, что его можно было сохранить въ законодательномъ опредѣленіи». Они при этомъ упускаютъ изъ виду, что обѣщаніе опредѣленной услуги и опредѣленнаго результата не одно и тоже, что юридически и экономически возможно обѣщать работы или услуги безотносительно къ ихъ результату и въ тоже время безъ установленія длительнаго трудового отношенія. Австрійскій проектъ, создавая трудовой договоръ, идетъ на встрѣчу требованіямъ жизни, но онъ не доводитъ реформы до конца, оставляя главу о договорѣ порученія (Bevollmächtigungsvertrag) безъ измѣненія.

Нашъ проектъ гражданскаго Уложенія во всѣхъ пройденныхъ имъ до сихъ поръ стадіяхъ, начиная съ предварительнаго проекта (П. Л. Гедримовича) и до послѣдней опубликованной редакціи, исходилъ изъ той мысли, что договоръ личнаго найма обнимаетъ возмездное пользова-

ніе чужимъ трудомъ, не имѣющее свойства подряда и не предусмотрѣнное спеціальными узаконеніями. Сообразно съ этимъ посвященная ему глава Уложенія должна содержать «общія правила, относящіяся ко всѣмъ видамъ личнаго найма, насколько каждое правило въ отдѣльности не отмѣняется постановленіемъ спеціальнаго закона, относящагося до того или другого вида найма» [1]). При такой постановкѣ редакторы прежде всего должны были отдать себѣ отчетъ, что считать личнымъ наймомъ, что подрядомъ, и гдѣ граница между ними. Послѣ обзора законодательствъ и литературы вопроса они пришли къ выводу, что оба эти договора слѣдуетъ разграничить по ихъ предмету. «Предметомъ личнаго найма проектъ предполагаетъ услуги, трудъ, работу какъ таковые. Предметомъ подряда и заказа—результатъ услугъ, труда, работы. По личному найму, согласно со взглядомъ проекта, центръ тяжести договора лежитъ въ услугахъ, трудѣ нанявшагося: результатъ работы стоитъ на второмъ планѣ, не имъ опредѣляются юридическія начала договора: для нанимателя важно, чтобы ему былъ доставленъ трудъ извѣстнаго рода и качества; послѣдствія же этого труда падаютъ, такъ сказать, на его страхъ; договоры же подряда и заказа направлены на результатъ труда; услуги, сами по себѣ, въ нихъ первой роли не играютъ; а промежуточныя стадіи достиженія этой цѣли—услуги, для того необходимыя, составляютъ предметъ договора лишь настолько, насколько онѣ воплощаются въ окончательномъ результатѣ, производствѣ какой либо матеріальной цѣнности» [3]).

Въ другомъ мѣстѣ [1]) редакторы, возвращаясь къ тому же вопросу въ связи съ опредѣленіемъ договора подряда, вы-

---

[1]) Гражданское улож. кн. V, т. II (съ объясненіями) стр. 287.
[2]) Тамъ-же, стр. 295.
[3]) Тамъ-же, стр. 377 сл.

двигаютъ другой критерій для его отграниченія отъ найма [1]). «Представляя собою экономическую цѣнность, трудъ однако не можетъ быть отдѣленъ отъ человѣческой личности, а существуетъ лишь какъ неотдѣлимая, органически связанная съ человѣкомъ его способность. Такая своеобразная природа труда создаетъ для него и особенное юридическое положеніе. Личный трудъ не можетъ быть проданъ или подаренъ, а можетъ быть лишь нанятъ: отчужденію подлежитъ лишь производимая трудомъ польза, созданная имъ цѣнность. Одно лишь пользованіе трудомъ или услугами лица можетъ быть предметомъ гражданскаго оборота. Сдѣлки о пользованіи, за вознагражденіе, чужимъ трудомъ составляютъ содержаніе договоровъ найма личныхъ услугъ.

Въ общемъ понятіи юридическаго отношенія по найму услугъ теорія гражданскаго права, а равно положительныя законодательства установляютъ два главные, различные по своей юридической конструкціи, типа: личный наемъ (locatio conductio operarum, louage d'ouvrage personel, Dienstvertrag, Dienstmiete) и подрядъ (locatio conductio operis, louage d'ouvrage par suite de devis ou marchés, Werkvertrag, Verdingungsvertrag).

По договору личнаго найма (ст. 393) нанявшійся исполняетъ принятую на себя обязанность независимо отъ окончанія той или другой отдѣльной работы. Предметомъ личнаго найма служитъ сама личная дѣятельность работ-

---

[1]) Разнорѣчивыя и несогласованныя сужденія объ одномъ и томъ-же предметѣ въ разныхъ мѣстахъ объяснительной записки встрѣчаются нерѣдко. Они отчасти вызваны тѣмъ обстоятельствомъ, что предварительные проекты отдѣльныхъ главъ и объяснительныя къ нимъ записки составлялись разными лицами. Такъ въ данномъ случаѣ предварительный проектъ положеній о личномъ наймѣ сочиненъ П. А. Гедримовичемъ (Спб. 1889 г. изд. ред. комм.), а предварительный проектъ статей о подрядѣ (Спб. 1898 г. изд. ред. комм.)—Э. Э. Пирвицемъ, при участіи Е. Г. Шайкевича.

ника, направляемая для достиженія опредѣленной экономической цѣли. При личномъ наймѣ нанявшійся работаетъ вообще не самостоятельно, а по указаніямъ и подъ надзоромъ хозяина. Отсюда вытекаетъ извѣстная подчиненность работника хозяину.

Предметомъ договора подряда является не трудъ самъ по себѣ, но работа въ смыслѣ результата труда (Werk). Подрядъ оканчивается не опредѣленнымъ моментомъ времени, а исполненіемъ предпріятія, произведеніемъ вещи или полученіемъ желаемаго результата. Дѣятельность подрядчика болѣе свободная и самостоятельная. Работая по условіямъ договора и въ интересѣ подрядившаго, подрядчикъ исполняетъ договоръ по своему усмотрѣнію, на свой страхъ, не подвергаясь надзору и контролю со стороны подрядившаго».

Мы привели эти разсужденія in extenso, потому что въ нихъ содержатся, на ряду съ традиціоннымъ противопоставленіемъ обѣщанія дѣятельности, какъ таковой, обѣщанію ея результата, новыя и весьма цѣнныя мысли, близкія къ тѣмъ, которыя позднѣе были высказаны Лотмаромъ и др. и легли въ основаніе новѣйшихъ западныхъ законодательствъ о наймѣ труда. Тутъ прежде всего вполнѣ опредѣленно выясняется особенность труда, какъ предмета оборота: онъ не отчуждаемъ, не допускаетъ mutatio dominii. Отчуждаемы только «результаты труда». Сообразно съ этимъ договоры о трудѣ («общее понятіе юридическаго отношенія по найму услугъ») дѣлятся на обѣщаніе личной дѣятельности, направляемой нанимателемъ, и обѣщаніе конкретнаго результата (матеріальнаго или нематеріальнаго), самостоятельно осуществляемаго работникомъ. Для перваго договора характерна «извѣстная подчиненность работника хозяину», при второмъ онъ работаетъ «по своему усмотрѣнію и на свой страхъ», не подвергаясь контролю.

Въ этихъ разсужденіяхъ уже смутно намѣчается противопоставленіе служебнаго труда предпринимательскому, трудового договора обѣщанію самостоятельныхъ услугъ, при которомъ не создается длительной личной связанности работника, а только возлагается на него отвѣтственность за исполненіе конкретно опредѣленной работы. Къ сожалѣнію эта мысль не получила достаточно яснаго выраженія въ легальныхъ опредѣленіяхъ личнаго найма и подряда.

Ст. 1929: [1]) По договору личнаго найма нанявшійся обязуется за вознагражденіе (рядную плату, жалованье) предоставить свой трудъ въ пользу нанимателя.

Ст. 1930: Предметомъ личнаго найма можетъ быть не только физическій трудъ, но и иного рода дѣятельность, требующая отъ нанявшагося особыхъ знаній или искусства.

Ст. 1971: По договору подряда подрядчикъ обязуется за вознагражденіе исполнить для подрядившаго опредѣленную работу.

Предметомъ подряда могутъ быть работы всякаго рода какъ-то: постройка, починка, передѣлка и сно́съ зданій или иныхъ сооруженій, устройство и исправленіе дорогъ, производство земляныхъ работъ, изготовленіе, передѣлка и починка движимыхъ вещей и т. п.

При личномъ наймѣ работникъ «обязуется предоставить свой трудъ», при подрядѣ «исполнить опредѣленную работу». Предметомъ найма можетъ быть «всякая дѣятельность», предметомъ подряда «всякаго рода работы». Разница въ предметѣ обоихъ договоровъ при такой формулировкѣ неуловима. Но смыслъ и значеніе этихъ противопоставленій становятся понятными въ связи съ объяснительною запискою. Если трудъ, въ смыслѣ личной дѣятельности, неотчуждаемъ и неотдѣлимъ отъ личности работника, то его «предоставленіе» создаетъ частич-

[1]) Мы приводимъ всѣ статьи проекта въ нумераціи своднаго текста Гражданскаго уложенія, изд. въ 1905 году.

ное подчиненіе послѣдняго волѣ и власти нанимателя, а обмѣнъ имущественныхъ благъ тутъ отступаетъ на второй планъ. Если «предметомъ подряда является не трудъ самъ по себѣ, но работа въ смыслѣ результата труда», т. е. создаваемыя работникомъ блага, то возмездное «исполненіе опредѣленной работы» означаетъ доставленіе посредствомъ работы конкретнаго имущественнаго блага въ обмѣнъ на уплачиваемое вознагражденіе. На первомъ планѣ тутъ слѣдовательно стоитъ мѣновой элементъ, а элементъ личный («предоставленіе труда») рѣшающаго значенія для природы отношенія не имѣетъ.

Однако авторы проекта упустили изъ виду, что личная связанность работника только тогда пріобрѣтаетъ специфическій характеръ, если она продолжительна и интенсивна, ибо только тогда она лишаетъ работника возможности располагать собою, какъ хозяйствующею личностью. Между тѣмъ указаніе на длительную связанность, какъ на признакъ личнаго найма, мы въ проектѣ не находимъ. Формально опредѣленіе этого договора обнимаетъ всякое «предоставленіе труда», которое не можетъ быть квалифицировано какъ обѣщаніе «результата» или «опредѣленной работы», независимо отъ того, устанавливается ли имъ продолжительная или преходящая связь, поглощается ли имъ хозяйственная дѣятельность работника всецѣло или въ ничтожной мѣрѣ.

Объединеніе въ одномъ опредѣленіи обѣщанія службы, въ смыслѣ предоставленія своей рабочей силы, и обѣщанія отдѣльныхъ услугъ, не устанавливающаго служебнаго отношенія, привело къ тому, что отдѣльныя постановленія главы о личномъ наймѣ большею частью не укладываются безъ остатка въ легальномъ опредѣленіи этого понятія [1]). Они или охватываютъ болѣе узкій кругъ

[1]) См. нашъ докладъ въ Спб. Юридич. Общества «Договоръ личнаго найма по проекту гражданскаго уложенія» (Труды Юрид. Общ. при Имп.

явленій или же по своему содержанію не примѣнимы ко всѣмъ случаямъ личнаго найма. Въ ст. 1934 напр. сказано, что «за отсутствіемъ иного соглашенія, нанявшійся обязанъ исполнить договоръ лично и не въ правѣ, безъ согласія нанимателя, замѣнить себя другимъ лицомъ». Практическая жизнь подтверждаетъ правильность такого положенія только относительно служебнаго найма, когда въ хозяйственное распоряженіе нанимателя отдается рабочая сила, и для него чрезвычайно существенно, чего онъ отъ нея можетъ ожидать и каковы ея индивидуальныя свойства. При наймѣ-же самостоятельныхъ услугъ предположеніе это вѣрно лишь въ тѣхъ исключительныхъ случаяхъ, когда наниматель расчитывалъ именно на личныя способности нанявшагося, т. е. тамъ, гдѣ есть элементъ личнаго довѣрія. Въ хозяйственной жизни услуги, обѣщаемыя лицами, отправляющими самостоятельный промыселъ, напр. ремесленникомъ, полотеромъ, трубочистомъ и т. под. сплошь да рядомъ отправляются не ими лично, а ихъ помощниками (рабочими).

Ст. 1936 [1]) говоритъ о такъ называемомъ правѣ дирекціи, т. е. о правѣ нанимателя опредѣлять порядокъ и способъ исполненія работъ, входящихъ въ кругъ обязанностей нанявшагося. При служебномъ наймѣ нанимателю несомнѣнно принадлежитъ это право за исключеніемъ той сферы, въ которой нанявшійся является спеціалистомъ. При наймѣ же самостоятельныхъ услугъ, наоборотъ, нанявшійся, въ громадномъ большинствѣ случаевъ, будетъ руководствоваться обычными для данной дѣятель-

---

Спб. унив. т. I стр. 112 сл.), I. В. Гессенъ въ Правѣ за 1900 г. № 9: Личный наемъ по проекту гражд. улож., А. В. Завадскій, Договоръ личнаго найма (Докл. проч. въ Казанскомъ Юрид. Общ.), Казань 1906 г.

[1]) «Нанявшійся при исполненіи своихъ обязанностей долженъ руководствоваться постановленіями договора, а за отсутствіемъ таковыхъ— указаніями нанимателя»...

ности пріемами и только при особомъ о томъ уговорѣ указаніями нанимателя. Можно, напр., приказывать кучеру ѣхать быстрѣе или медленнѣе, но для извозчика приказанія сѣдока обязательны лишь настолько, насколько нѣтъ обычныхъ правилъ ѣзды.

Ст. 1938 говоритъ о «нанявшемся на службу въ торговомъ предпріятіи» и уже по буквальному смыслу своему не можетъ имѣть примѣненія къ найму отдѣльныхъ услугъ.

Ст. 1939 [1]) также содержитъ положеніе, почерпнутое исключительно изъ области служебнаго труда. Лица, обслуживающія публику, если оказаніе услугъ составляетъ предметъ ихъ промысла, обыкновенно, пользуются собственными инструментами, а не ждутъ ихъ отъ нанимателя, разъ объ этомъ не состоялось особаго соглашенія.

Ст. 1943 предусматриваетъ тѣ случаи, когда наниматель «руководитъ работою, доставляетъ орудія и устраиваетъ приспособленія для работы», а ст. 1944 говоритъ только о лицахъ, пользующихся жилищемъ и содержаніемъ въ домѣ нанимателя.

Ст. 1947 регулируетъ «наемъ, заключенный на сравнительно долгій срокъ», а ст. 1950—на срокъ свыше пяти лѣтъ. По своему смыслу не примѣнима къ служебному найму ст. 1941 [2]), такъ какъ вознагражденіе рабочимъ и служащимъ обыкновенно платится періодически, а ст.ст. 1945, 1955 и 1956 [3]) наоборотъ примѣнимы только къ

---

[1]) «Нанявшійся не обязанъ доставлять необходимые для исполненія договора орудія и инструменты, развѣ бы иное было постановлено договоромъ или признавалось мѣстнымъ обычаемъ»...

[2]) «Наниматель обязанъ выдать рядную плату лишь по исполненіи договора нанявшимся, развѣ бы по договору или мѣстному обычаю ее слѣдовало уплачивать впередъ въ извѣстные сроки».

[3]) Ст. 1945: «Если наниматель безъ вины нанявшагося не былъ въ состояніи воспользоваться услугами нанявшагося, тогда какъ послѣдній

служебному найму, но не къ лицамъ, обѣщавшимъ отдѣльныя услуги.

Мы не будемъ вдаваться въ дальнѣйшія подробности, такъ какъ критическій разборъ отдѣльныхъ постановленій проекта сейчасъ не входитъ въ нашу задачу. Приведенными примѣрами доказывается, что проектъ нашего уложенія, также какъ швейцарскій законъ 1881 г. и герм. уложеніе, охвативъ въ опредѣленіи договора личнаго найма слишкомъ обширный кругъ разнородныхъ по своей экономической и юридической природѣ отношеній, вынужденъ въ отдѣльныхъ постановленіяхъ съуживать и точнѣе опредѣлять область ихъ примѣненія, обособляя служебный наемъ отъ обѣщанія предпринимательскихъ услугъ. А въ рядѣ случаевъ, когда это не сдѣлано, практика будетъ испытывать большія затрудненія. Ихъ можно было бы избѣгнуть, если, согласно съ мыслью, высказанною въ объяснительной запискѣ, обѣщаніе «личной дѣятельности, направляемой работникомъ, находящимся въ извѣстной подчиненности, по указаніямъ хозяина», составляло бы въ законѣ, также какъ въ жизни, самостоятельный договорный типъ, обособленный не только отъ обѣщанія результата труда, но также отъ обѣщанія отдѣльныхъ конкретныхъ услугъ. Ошибка редакторовъ проекта заключается въ томъ, 1) что они подъ «предоставленіемъ своего труда», въ противорѣчіи съ собственными объясненіями, подразумѣваютъ не только превращеніе наняв-

---

былъ готовъ оказать ихъ, то наниматель обязанъ уплатить рядную плату по срокъ найма, но во всякомъ случаѣ не болѣе, чѣмъ за шесть мѣсяцевъ».

Ст. 155: «Послѣ предваренія о прекращеніи найма наниматель, по требованію нанявшагося, обязанъ дать ему возможность пріискивать себѣ новое занятіе».

Ст. 1956: «По прекращеніи найма напявшійся можетъ требовать отъ нанимателя выдачи ему письменнаго удостовѣренія, относящагося до рода занятій нанявшагося и до продолжительности службы».

шагося на время въ несамостоятельнаго исполнителя чужой дѣятельности и чужихъ плановъ, въ органъ хозяйства или предпріятія, во главѣ котораго стоитъ наниматель, но также обѣщаніе отдѣльныхъ услугъ, исполненіемъ которыхъ за вознагражденіе исчерпываются отношенія между сторонами; 2) что обѣщаніе такихъ услугъ («опредѣленныхъ работъ») они отождествляютъ съ принятіемъ на себя отвѣтственности за достиженіе извѣстнаго конкретнаго результата, между тѣмъ какъ въ жизни очень часто обѣщаются конкретныя работы безъ отвѣтственности за ихъ результатъ. Для такихъ договоровъ не оказывается въ системѣ проекта другого мѣста, кромѣ главы о личномъ наймѣ.

Путь, на который вступили нѣкоторыя западныя законодательства, путь созданія, на ряду съ личнымъ наймомъ и подрядомъ, третьяго общаго типа трудовой сдѣлки—договора порученія,—для нашего проекта въ настоящемъ его видѣ закрытъ. Проектъ остался на почвѣ соединенія порученія съ полномочіемъ или довѣренностью и видитъ отличительный признакъ этого договора въ томъ, что его предметомъ является совершеніе «юридическихъ дѣйствій» для другого [1]). «По договору довѣренности или порученія, гласитъ ст. 2035, довѣритель уполномочиваетъ дѣйствовать отъ его имени и за его счетъ, другое лицо (повѣреннаго), которое принимаетъ исполненіе возлагаемаго на него порученія безвозмездно или за вознагражденіе». По словамъ объяснительной записки (т. III стр. 5) «довѣренность повѣреннаго отличается тѣмъ, что онъ на основаніи даннаго ему полномочія въ правѣ совершать юридическія дѣйствія и вообще вступать въ сношенія съ третьими лицами отъ имени своего довѣрителя, такъ что

---

[1]) См. привед. выше (стр. 363 прим. 1) статью, стр. 5 сл.

дѣйствія, совершенныя повѣреннымъ, какъ таковымъ, т. е. отъ имени довѣрителя, признаются обязательными для послѣдняго». Однако полномочіе и представительство устанавливаются не только договоромъ порученія, но очень часто присоединяются также къ другимъ договорамъ. Напр. служащій по личному найму [1]) подрядчикъ, перевозчикъ, издатель могутъ въ силу договора совершать тѣ или иныя сдѣлки отъ имени своихъ контрагентовъ. Такая-же обязанность можетъ лежать на товарищѣ, даже на продавцѣ, принявшемъ на себя доставку проданной вещи третьимъ лицамъ. (Въ статьяхъ 2045 и 2048 предусматриваются такіе случаи). При такой постановкѣ граница между договоромъ довѣренности и указанными сдѣлками становится практически неуловимою.

Постановленія о личномъ наймѣ, по мысли редакторовъ, должны содержать общія положенія, примѣнимыя только къ случаямъ, не предусмотрѣннымъ спеціальными

---

[1]) Проектъ 1899 г. въ особой статьѣ (395) предусматривалъ случай возложенія «на нанявшагося» обязанностей повѣреннаго. Къ такимъ «договорамъ со смѣшаннымъ характеромъ» должны были, по мнѣнію редакторовъ, примѣняться правила о договорѣ довѣренности. При пересмотрѣ проекта, ст. 395 была признана «излишнею, такъ какъ и помимо положительнаго правила едва ли можетъ подлежать сомнѣнію, что договорное соглашеніе, представляющее признаки двухъ отдѣльныхъ договоровъ, должно быть обсуждаемо по совокупному смыслу правилъ объ обоихъ этихъ договорахъ. Правило ст. 395 оказывается, сверхъ того, и неточнымъ, такъ какъ въ предусматриваемомъ ею случаѣ должны получить примѣненіе не столько правила о договорѣ довѣренности, сколько основныя положенія о представительствѣ, изложенныя въ настоящее время въ проектѣ книги I (ст. 69—71)». См. Гражд. улож. кн. V, вторая редакція, стр. 150. Если бы редакторы проекта приложили тѣ же соображенія къ договору порученія или довѣренности, они должны были бы убѣдиться, что и въ его составъ входятъ тѣ-же элементы: исполненіе услуги (порученія), представительство, иногда полномочіе. Разъ личный наемъ обнимаетъ возмездное обѣщаніе отдѣльныхъ услугъ (порученій), а представительство и полномочіе регулируются общей частью гражданскаго права, трудно объяснить смыслъ и цѣль существованія особыхъ постнаовленій о договорѣ порученія или довѣренности.

узаконеніями. Но въ проектѣ мы находимъ также рядъ постановленій, имѣющихъ ограниченную область примѣненія. Ст. 1937 напр., говоритъ о «нанявшихся на службу въ торговомъ предпріятіи», ст. 1958—1970 о «наймѣ домашней прислуги». Отличительное свойство послѣдняго состоитъ въ подчиненіи нанявшагося хозяйской власти нанимателя, осложненной и усиленной властью, принадлежащей ему, какъ главѣ семейства, надъ лицами, проживающими у него въ домѣ. Наемъ домашней прислуги объявляется проектомъ (ст. 1957) разновидностью личнаго найма, но въ дѣйствительности онъ представляетъ собою разновидность трудового договора и къ нему отнюдь не примѣнимы всѣ положенія о личномъ наймѣ.

Мы окончили обзоръ новѣйшихъ законовъ и законопроектовъ о наймѣ труда. Онъ убѣдилъ насъ, что прежній индиферентизмъ гражданскаго права къ элементамъ трудового отношенія, лежащимъ за предѣлами обмѣна труда на деньги, отходитъ въ область исторіи. Современное правосознаніе не мирится дольше съ несогласованностью общаго и спеціальныхъ законовъ, съ тою аномаліею, что наиболѣе распространенные въ жизни виды найма труда подлежатъ дѣйствію сингулярныхъ нормъ, не имѣющихъ по духу и содержанію никакой почвы въ общегражданскихъ законахъ. Описанное движеніе привело, въ отступленіе отъ романистическаго ученія, къ сознательному или безсознательному, явному или скрытому дифференцированію въ законѣ двухъ основныхъ формъ пользованія чужимъ трудомъ, о которыхъ мы говорили выше (стр. 80). Договоръ, коимъ наниматель обезпечиваетъ себѣ нужный ему для осуществленія своихъ хозяйственныхъ плановъ и для отправленія организуемой имъ дѣятельности запасъ жи-

выхъ рабочихъ силъ, а работникъ—возможность использовать свою рабочую силу для добыванія необходимыхъ ему средствъ къ жизни, обособляется въ самостоятельный типъ съ рѣзко выраженными особенностями, съ которыми нельзя не считаться какъ при его законодательной нормировкѣ, такъ и при научномъ опредѣленіи юридическихъ принциповъ, на которыхъ построены устанавливаемыя этимъ договоромъ отношенія.

Юридическая формулировка понятія трудового договора и соотвѣтствующая условіямъ современной жизни нормировка трудового отношенія еще далеко не разрѣшенная задача. Но законодательствами всѣхъ культурныхъ государствъ сознаются настоятельная необходимость и огромное значеніе ея удовлетворительнаго разрѣшенія. Мы уже знаемъ, что въ настоящее время и въ наукѣ гражданскаго права вопросъ о коренномъ пересмотрѣ и новомъ построеніи ученія о трудовыхъ сдѣлкахъ поставленъ на очередь и что въ цивилистической литературѣ много вниманія удѣляется нѣкоторымъ, возникающимъ въ связи съ наймомъ труда вопросамъ, считавшимся до сихъ поръ лежавшими внѣ области гражданскаго права.

Обстоятельными изслѣдованіями Эндемана, Лотмара и другихъ ученыхъ въ корнѣ подорвана унаслѣдованная отъ римскаго права связь между пользованіемъ трудомъ и имуществомъ. Договорамъ о трудѣ въ системѣ права должно быть отведено самостоятельное мѣсто. Связующимъ ихъ звеномъ долженъ быть признанъ общій ихъ предметъ—трудъ. Мы видѣли, однако, что этимъ только устраняется возможность слiянія трудовыхъ сдѣлокъ съ чисто имущественными, но еще не разрѣшается вопросъ о ихъ юридической природѣ, что «договоры о трудѣ» не родовое понятіе, а собирательное имя для обширной категоріи сдѣлокъ юридически и экономически неодинако-

выхъ. Слѣдовательно и правовая нормировка этихъ сдѣлокъ не можетъ быть единою.

Во второй главѣ мы познакомились съ главнѣйшими попытками экономистовъ и соціалъ-политиковъ провести демаркаціонную линію между основными типами трудовыхъ отношеній. Въ послѣднее время этотъ вопросъ занимаетъ также цивилистовъ, среди которыхъ можно отмѣтить три главныхъ теченія: первое—наиболѣе распространенное—создано ученіемъ Лотмара, котораго мы уже коснулись (стр. 49), второе—Густавомъ Рюмелиномъ, третье наиболѣе подробно обосновано Левенфельдомъ и Гессомъ.

Лотмаръ стремится разрѣшить этотъ вопросъ формально-логическимъ путемъ [1]). Въ законѣ, говоритъ онъ (I, стр. 265), договоры о трудѣ индивидуализируются или своимъ «именемъ» (Eigennamen) или профессіею лицъ, заключающихъ договоръ. Единственные общіе признаки всѣхъ договоровъ о трудѣ, это обѣщаніе работы и вознагражденія. Но ни одинъ изъ этихъ признаковъ не можетъ служить критеріемъ для исчерпывающей классификаціи трудовыхъ сдѣлокъ. Значеніе и способы вознагражденія повсюду болѣе или менѣе одинаковы. Свойство обѣщанной работы у большей части договоровъ о трудѣ имѣетъ свои специфическія особенности, но для двухъ главнѣйшихъ типовъ—для личнаго найма и подряда,—оно безразлично. Послѣдніе тѣмъ не менѣе не могутъ разсматриваться по отношенію къ остальнымъ, какъ родовые или генеральные (Obergarten), потому что есть спеціальные виды какъ напр. договоры морской перевозки, возмездной поклажи, маклерскій и др., не составляющіе разновидности ни личнаго найма, ни подряда. Лотмаръ поэтому приходитъ къ заключенію, что законные типы не поддаются

[1]) Указ. сочин. т. I гл. VII и VIII.

единой классификаціи и что наукѣ въ этомъ вопросѣ приходится итти самостоятельнымъ путемъ.

Правильное и исчерпывающее дѣленіе договоровъ о трудѣ, по мнѣнію Лотмара, можетъ быть построено исключительно на «фактическихъ составахъ», а не на различіи правовыхъ послѣдствій. Разъ ни одинъ изъ существенныхъ элементовъ въ составѣ этихъ договоровъ т. е. ни работа, ни вознагражденіе, для этой цѣли не пригоденъ, остается только строить его на соотношеніи между ними. Между обоими элементами договора о трудѣ, поясняетъ Лотмаръ, возможно двоякое отношеніе: «либо вознагражденіе составляетъ возмѣщеніе за работу вмѣстѣ съ логически и реально соединеннымъ съ нею, сопровождающимъ или завершающимъ ее результатомъ (Erfolg)..... либо оно составляетъ возмѣщеніе за работу безотносительно (буквально—за вычетомъ, unter Abzug) къ логически или реально связанному съ нею результату. Этотъ вычетъ, это совершаемое въ *самомъ договорѣ* абстрагированіе (относительно вознагражденія) отъ эффекта работы, отъ ея продукта (Arbeitsergebnis) можетъ совершиться *только* такимъ путемъ, что вознагражденіе обѣщается за работу въ теченіе извѣстнаго времени, т. е. извѣстной продолжительности. Въ этихъ случаяхъ вознагражденіе обѣщается не за работу, а *за періодъ времени*, болѣе или менѣе заполняемый работою» (I, стр. 330).

Сообразно съ этимъ Лотмаръ различаетъ двѣ «основныя формы» договора о трудѣ: съ вознагражденіемъ по времени (Zeitlohnvertrag) и съ аккорднымъ вознагражденіемъ (Akkord). Эта классификація, по его мнѣнію, исчерпывающая, ибо нѣтъ договора о трудѣ, въ которомъ отношеніе между вознагражденіемъ и работою не принимаетъ ни одной изъ указанныхъ формъ, если только оно не представляетъ комбинаціи обѣихъ. Съ каждой изъ нихъ связываются особыя «фундаментальныя» правовыя послѣд-

ствія. Эти послѣдствія (въ самыхъ общихъ чертахъ) заключаются въ слѣдующемъ:

Когда вознагражденіе назначено по времени, оно «соизмѣряется съ работою, какъ текущимъ, простирающимся по времени, явленіемъ», другими словами,—основаніемъ для его исчисленія служитъ время или опредѣленныя частицы времени, а результатъ работы опредѣляющаго ѣначенія не имѣетъ. Отсюда два вывода: одинъ отрицательный, другой—положительный.

Отрицательный состоитъ въ томъ, что результатъ работы непосредственнаго вліянія на вознагражденіе не оказываетъ. Это не значитъ, что онъ не имѣетъ никакого значенія; качественная неудовлетворительность работы можетъ быть показателемъ недобросовѣстнаго исполненія договора, и тогда она служитъ основаніемъ для требованія возмѣщенія убытковъ, поводомъ къ расторженію договора и т. д. Принципіально же обязанность къ уплатѣ вознагражденія существуетъ независимо отъ результата работы. Поэтому практически вознагражденіе по времени можетъ имѣть примѣненіе только тамъ, гдѣ мѣрами контроля, личными качествами работника или другими обстоятельствами достаточно обезпечивается надлежащее исполненіе работы.

Положительный выводъ заключается въ томъ, что количество уплачиваемаго вознагражденія соизмѣряется съ временемъ, потраченнымъ на работу, такъ что при досрочномъ прекращеніи и при сверхурочной работѣ оно соотвѣтственно уменьшается и увеличивается.

Къ аккорду примѣняются аналогичныя положенія, но въ обратномъ направленіи. Такъ какъ тутъ вознагражденіе соизмѣряется съ результатомъ работы, то удлиненіе или сокращеніе рабочаго времени непосредственнаго вліянія на размѣръ вознагражденія не оказываетъ; возна-

гражденіе увеличивается и сокращается пропорціонально количеству и качеству сработаннаго.

Лотмаръ въ догматической части своего труда весьма подробно останавливается на отдѣльныхъ случаяхъ досрочнаго прекращенія и качественнаго или количественнаго недочета работы при обѣихъ основныхъ нормахъ (т. II, стр. 117—397, 613—751). При этомъ однако оказывается. что принципы, раньше выведенные авторомъ логическимъ путемъ изъ природы основныхъ формъ отчасти, по собственному его признанію, не соотвѣтствуютъ ни положительному праву, ни справедливости, ни воззрѣніямъ оборота. Такъ напр. при невозможности исполненія вслѣдствіе обстоятельства, за которое ни одна изъ сторонъ не отвѣчаетъ, правило о вознагражденіи pro rata temporis весьма часто должно вести къ возложенію предпринимательскаго риска на экономически слабаго рабочаго. Лотмаръ самъ указываетъ, что это было бы несправедливымъ уже потому, что работодатель при досрочномъ прекращеніи работы большею частью никакихъ имущественныхъ потерь не несетъ, ибо сберегаетъ соотвѣтственную часть заработной платы, рабочій же, когда онъ не работаетъ, терпитъ убытокъ, ибо онъ при этомъ ничего не сберегаетъ. Что касается сверхурочной работы, то и тутъ вознагражденіе по соразмѣрности находится въ противорѣчіи съ требованіями жизни и въ нѣкоторыхъ областяхъ труда—съ закономъ. Работа сверхъ нормы считается, по общему правилу, болѣе трудной и изнурительной, ибо лишаетъ рабочаго необходимаго отдыха, и потому обыкновенно должна оплачиваться дороже.

То же мы видимъ при аккордномъ вознагражденіи: зависимость вознагражденія исключительно отъ результата и соразмѣрное его увеличеніе или уменьшеніе ведетъ нерѣдко и непріемлемымъ, съ законодательной точки зрѣ-

нія, результатамъ, въ частности, къ взваливанію на плечи экономически слабаго рабочаго предпринимательскаго риска, сопряженнаго съ случайною качественною или количественною неудовлетворительностью достигнутаго имъ результата. Предположеніе, что обѣщавшій работу за аккордное вознагражденіе, всегда молчаливо соглашается принять на себя этотъ рискъ, далеко не соотвѣтствуетъ дѣйствительности, относительно же промышленныхъ рабочихъ обратное предположеніе гораздо ближе къ истинѣ. При поштучномъ вознагражденіи качественный результатъ обыкновенно не оказываетъ вліянія на размѣръ вознагражденія и количественные недочеты, если они не произошли по винѣ рабочаго, часто не лишаютъ его права на заработную плату. Съ другой стороны, въ тѣхъ случаяхъ, когда вознагражденіе обѣщано за оконченную работу, частичный результатъ можетъ не представлять для работодателя никакого интереса и вознагражденіе за него не уплачивается по соразмѣрности, а лишь въ предѣлахъ неосновательнаго обогащенія.

Такимъ образомъ при практическомъ проведеніи началъ, вытекающихъ, по ученію Лотмара, изъ природы основныхъ формъ, несомнѣнно требовалось бы очень большое количество поправокъ и отступленій. Но трудность ихъ проведенія еще усугубляется двумя обстоятельствами: 1) въ практической жизни нерѣдко вознагражденіе по времени комбинируется съ вознагражденіемъ по аккорду. При сдѣльномъ вознагражденіи напр., устанавливается повременная минимальная плата, и наоборотъ—при вознагражденіи по времени рабочему обѣщается премія въ зависимости отъ результата. Иногда даже допускается смѣна обѣихъ формъ вознагражденія въ одномъ и томъ же договорѣ (явленіе нерѣдкое при наймѣ сельско-хозяйственныхъ рабочихъ). Очень часты также случаи, когда нанявшійся за вознагражденіе по времени обязуется къ

къ достиженію опредѣленнаго результата и, наоборотъ, работающій по аккорду не несетъ отвѣтственности за результатъ работы. 2) Нѣкоторые законные типы—въ особенности личный наемъ—не согласуются съ основными формами и, обнимая договоры того и другого характера, связываютъ съ ними одинаковыя юридическія послѣдствія.

Авторъ, въ пространной главѣ, разбираетъ комбинаціи основныхъ формъ и преподаетъ рядъ техническихъ правилъ для разрѣшенія этихъ случаевъ. Мы на нихъ останавливаться не будемъ. Для устраненія второго затрудненія Лотмару приходится опредѣлить отношеніе «основныхъ формъ» къ законнымъ типамъ трудового договора, извѣстнымъ германскому праву. Выполненію этой задачи посвященъ послѣдній отдѣлъ его сочиненія, причемъ авторъ ограничивается выясненіемъ ихъ отношенія къ личному найму и подряду. Всѣ остальные типы, говоритъ онъ, (т. II стр. 821) или исчерпывающимъ образомъ нормированы въ законѣ, или—при отсутствіи спеціальныхъ нормъ—должны подчиняться положеніямъ гражданскаго уложенія о личномъ наймѣ и подрядѣ. Доказательствъ этого спорнаго положенія онъ не представляетъ. Лотмаръ приходитъ къ заключенію, что по общему правилу договоры, по которымъ вознагражденіе обѣщано по времени, подлежатъ правиламъ о личномъ наймѣ, договоры же съ аккорднымъ вознагражденіемъ—правиламъ о подрядѣ. Но это общее положеніе терпитъ одно существенное исключеніе: «аккорды, заключаемые работодателемъ въ производимомъ имъ дѣлѣ (in seinem Geschäftsbetriebe), обсуждаются по началамъ о личномъ наймѣ, всякій другой аккордъ—по началамъ о подрядѣ» (т. II стр. 903). Этотъ критерій въ законѣ expressis verbis не указанъ, но авторъ выводитъ его изъ нѣкоторыхъ постановленій спеціальнаго германскаго законодательства о трудѣ.

Лотмаромъ такимъ образомъ найденъ выходъ изъ несогласованности «основныхъ формъ» съ самымъ обширнымъ и важнымъ изъ законныхъ типовъ, съ личнымъ наймомъ, обнимающимъ договоры какъ съ вознагражденіемъ по времени, такъ и съ аккордным вознагражденіемъ. Но предложенное имъ разрѣшеніе вопроса не можетъ не вызывать недоумѣнія. Если къ обѣимъ основнымъ формамъ при наличности извѣстныхъ обстоятельствъ (работы въ предпріятіи нанимателя) примѣняются однѣ и тѣ же правовыя нормы, то очевидно либо для даннаго круга отношеній «фундаментальныя» разчичія между ними, о которыхъ говоритъ авторъ, не имѣютъ существеннаго значенія, либо ихъ подведеніе подъ одинъ и тотъ же договорный типъ въ практической жизни должно было бы ощущаться, какъ аномалія и насиліе. Послѣдняго авторъ не утверждаетъ. Онъ считаетъ наоборотъ изъятіе аккордныхъ рабочихъ, занятыхъ въ «Geschäftsbetrieb», отъ дѣйствія положеній о подрядѣ и подчиненіе ихъ нормамъ о личномъ наймѣ явленіемъ нормальнымъ и желательнымъ. Этимъ путемъ говоритъ онъ «устанавливается та область, въ которой факты хозяйственной жизни ставятъ законодательству особыя задачи» (стр. 911).

Но если это такъ, то предпринятаго Лотмаромъ выясненія юридической природы «основныхъ формъ» договоровъ о трудѣ еще нельзя считать законченнымъ. Оно нуждается въ продолженіи и дополненіи. Доказанная имъ «фундаментальная разница» между Zeitlohnvertrag и Akkord имѣетъ значеніе для положительнаго права только внѣ работы въ «Geschäftsbetrieb» работодателя, т. е. внѣ хозяйственнаго организма, поглощающаго всю или большую часть дѣятельности работника, какъ хозяйствующаго субъекта. Но когда по договору обѣщается длительное приложеніе труда нанявшагося къ такому хозяйственному организму, тогда рѣшающее значеніе пріобрѣтаютъ другіе

элементы фактическаго состава, при наличности которыхъ правовое положеніе лицъ, получающихъ вознагражденіе по времени и по аккорду, (за исключеніемъ послѣдствій, спеціально связанныхъ съ способомъ вознагражденія), уравнивается. Необходимо слѣдовательно точнѣе опредѣлить эти элементы, ихъ сущность и значеніе для юридической структуры отношеній.

Лотмаръ, правда, объявляетъ всѣ элементы договора о трудѣ, кромѣ работы и вознагражденія «несущественными», но онъ тутъ же оговаривается, что это «примѣнимо только къ Arbeitsvertrag вообще, какъ родовому понятію, а не къ отдѣльному экземпляру, или отдѣльному законному типу» (1 стр. 217). Въ частности—въ составѣ договоровъ, коими нанявшійся обязуется къ приложенію своей рабочей силы къ Geschäftsbetrieb нанимателя, какъ видно изъ приведенныхъ разсужденій Лотмара, безспорно есть «существенные» элементы, кромѣ обѣщанія работы и вознагражденія.

Выше (стр. 50) мы объяснили, почему Лотмаровскій «Arbeitsvertrag» не можетъ считаться родовымъ понятіемъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ для насъ отпадаетъ вытекающій изъ этого взгляда тезисъ Лотмара о необходимости выкраивать основные типы непремѣнно изъ элементовъ этого абстрактнаго понятія или ихъ взаимоотношенія. Основными или родовыми мы считаемъ договорные типы, содержащіе общіе признаки, коими по указанію опыта и по воззрѣніямъ хозяйственной жизни дѣйствительно опредѣляются юридическая структура и природа всѣхъ разновидностей даннаго договора. Если подъ Geschäftsbetrieb понимать всякое хозяйство, пользующееся для отправленія своихъ постоянныхъ функцій наемными рабочими силами, то договоры, прочно связывающіе эти силы съ даннымъ хозяйствомъ и подчиняющіе ихъ на время его цѣлямъ и режиму, обнимаютъ приблизительно тотъ кругъ

явленій, который, какъ мы убѣдились, въ хозяйственномъ быту составляетъ одну изъ основныхъ формъ пользованія трудомъ и противополагается пользованію самостоятельнымъ (предпринимательскимъ) трудомъ, другими словами совпадаютъ съ областью трудового договора. При каждомъ изъ основныхъ типовъ возможно аккордное вознагражденіе и вознагражденіе безотносительно къ результату. Это различіе, значеніе котораго съ такимъ мастерствомъ выяснено Лотмаромъ, безспорно оказываетъ вліяніе на послѣдствія договора, но вліяніе далеко не одинаковое при трудовомъ договорѣ и при остальныхъ договорахъ о трудѣ. Юридическая природа перваго, какъ единаго основного договорнаго типа, не зависитъ отъ формы вознагражденія и не ею опредѣляется.

Густавъ Рюмелинъ [1]), въ противоположность Лотмару, не отправляется отъ отвлеченнаго общаго понятія объ Arbeitsvertrag, а отъ законныхъ типовъ личнаго найма и подряда. Опредѣленія этихъ двухъ договоровъ въ ст. 611 и 631 герм. гражд. улож. его не удовлетворяютъ. Они не указываютъ съ достаточною ясностью, въ чемъ состоитъ разница между ними. Рюмелина не удовлетворяетъ также ни одинъ изъ критеріевъ, на которомъ построено разграниченіе этихъ двухъ договоровъ въ литературѣ. Господствующее ученіе, различающее «дѣятельность какъ таковую» отъ «результата» (Erfolg), не разрѣшаетъ вопроса въ тѣхъ случаяхъ, когда стороны мысленно не разграничиваютъ этихъ двухъ моментовъ при заключеніи договора. Не годится также, какъ критерій, признакъ «самостоятельности» работника ни въ томъ смыслѣ, какъ ее понимаетъ Розинъ [2]), ни въ смыслѣ, какой придаетъ ей Лифманъ [3]), потому что

---

[1]) Dienstvertrag und Werkvertrag, Tüb. 1905.

[2]) См. выше стр. 77.

[3]) См. выше стр. 76.

одни и тѣ же договоры могутъ заключаться самостоятельными и несамостоятельными лицами (стр. 31 сл.) Единственный пунктъ, въ которомъ личный наемъ и подрядъ дѣйствительно расходятся кореннымъ образомъ, это несеніе риска случайнаго неисполненія обѣщанной работы: при подрядѣ его несетъ работникъ, при личномъ наймѣ наниматель. Отсюда слѣдуетъ, что для подряда (Werkvertrag) въ отличіе отъ личнаго найма характерно, что вознагражденіе не платится, если результатъ случайно не достигнутъ.

Установивъ это положеніе, Рюмелинъ однако признаетъ, 1) что между указаннымъ критеріемъ и отдѣльными постановленіями закона о наймѣ и подрядѣ нѣтъ никакой логической связи, 2) что несеніе риска можетъ произвольно устанавливаться соглашеніемъ сторонъ, и 3) что очень часто вопросъ о несеніи риска при заключеніи договора о трудѣ вовсе не возникаетъ, ибо не имѣетъ никакого практическаго значенія. Но эти обстоятельства, по его мнѣнію, не колеблютъ его ученія.

Вопросъ, на комъ лежитъ рискъ при молчаніи договора долженъ быть рѣшенъ въ случаѣ надобности согласно съ волею сторонъ по совокупности всѣхъ обстоятельствъ конкретнаго случая. Рюмелинъ утверждаетъ, что возложеніе риска всегда,—явно или скрыто,—должно входить въ составъ договора и не можетъ разсматриваться только какъ одно изъ его послѣдствій. Ему, какъ необходимому элементу фактическаго состава, принадлежитъ рѣшающее значеніе при разграниченіи найма отъ подряда.

Что касается послѣдствій возмезднаго обѣщанія работы, не находящихся въ логической связи съ несеніемъ риска, то, по мнѣнію Рюмелина, относящіяся къ нимъ положенія закона имѣютъ характеръ самостоятельныхъ общихъ нормъ, а не постановленій, касающихся отдѣльнаго

договорнаго типа. Съ опредѣленною фактическою предпосылкою, говоритъ онъ, тутъ связываются опредѣленныя правовыя послѣдствія. Анализируя относящіяся сюда постановленія германскаго уложенія, Рюмелинъ утверждаетъ, что всѣ они, при наличности указанныхъ въ нихъ предпосылокъ, одинаково примѣнимы къ найму и подряду т. е., по его ученію, къ договорамъ, коими рискъ возлагается на работодателя, и къ тѣмъ, гдѣ его несетъ работникъ. Между ними нѣтъ никакой внутренней связи и къ данному договору они никакого отношенія не имѣютъ. Они помѣщены въ главѣ о личномъ наймѣ или подрядѣ исключительно потому, что фактическое предположеніе, изъ котораго исходитъ законъ, тутъ чаще встрѣчается. Но изъ того, что то или другое положеніе высказывается по поводу одного изъ этихъ договоровъ, отнюдь еще нельзя заключить per argumentum a contrario, что оно къ другому не примѣнимо.

Такимъ образомъ личный наемъ и подрядъ, по ученію Рюмелина, образуютъ въ сущности единый договоръ о трудѣ (Arbeitsvertrag), допускающій многочисленныя осложненія фактическаго состава, влекущія за собою соотвѣтственныя осложненія правовыхъ послѣдствій. Въ одномъ только пунктѣ между ними существуетъ коренное и принципіальное различіе: по вопросу о несеніи риска. Для разграниченія этихъ двухъ договоровъ необходимо слѣдовательно точнѣе опредѣлить, когда его несетъ работникъ, когда работодатель.

Этому вопросу Рюмелинъ посвящаетъ нѣсколько главъ, въ которыхъ подробно разбираетъ всѣ виды риска и правила его возложенія и разложенія. Мы не будемъ останавливаться на ихъ содержаніи. Укажемъ только основныя и исходныя положенія Рюмелина, гласящія, что каждый отвѣчаетъ за событія, относящіяся къ подвластной ему сферѣ, и что рискъ по возможности долженъ быть

возложенъ на того, кто въ состояніи его нести («auf tragfähige Schultern») [1]) Съ этой точки зрѣнія онъ различаетъ «Gefahrenkreis» (сферу несенія риска) главы предпріятія и работника. Когда въ силу этихъ принциповъ рискъ несетъ работодатель, договоръ долженъ быть признанъ подрядомъ, когда его несетъ работникъ—личнымъ наймомъ. Послѣдовательно примѣняя это правило, авторъ приходитъ къ заключенію, что напр. актеръ, гастролирующій одинъ или нѣсколько разъ, заключаетъ договоръ подряда, а постоянный членъ труппы—договоръ найма, архитекторъ, взявшійся выстроить домъ, долженъ считаться подрядчикомъ, а обязавшійся только руководить постройкою, наоборотъ, состоитъ въ наемныхъ отношеніяхъ и т. д. Аккорднаго рабочаго Рюмелинъ считаетъ подрядчикомъ, хотя и признаетъ, что къ нему должна примѣняться большая часть положеній закона о личномъ наймѣ (стр. 309).

Теорія Рюмелина приводитъ къ уничтоженію не только законныхъ типовъ личнаго найма и подряда, но вообще всякихъ типовъ въ области договоровъ о трудѣ. Онъ расчленяетъ ихъ на большое количество отдѣльныхъ фактическихъ элементовъ, осложняющихъ составъ единаго «договора о трудѣ». Такой пріемъ находится въ полномъ противорѣчіи съ явленіями практической жизни. Въ представленіи лицъ, заключающихъ договоръ, послѣдній рисуется какъ единый сложный составъ, съ которымъ связанъ типичный комплексъ правовыхъ послѣдствій, а не какъ механическое сочетаніе предусмотрѣнныхъ соглашеніемъ разрозненныхъ фактическихъ и юридическихъ предпосылокъ. Очень часто одно названіе сдѣлки или нѣсколько словъ, иногда знакъ или движеніе вызываютъ

[1]) Указ. соч. стр. 100. См критику этого положенія у Т. М. Яблочкова, Гражданское право и экономическое неравенство. Яросл. 1912.

опредѣленное представленіе о заключенномъ договорѣ, порождающемъ цѣлый рядъ сложныхъ правоотношеній. Законодательство и наука не могутъ не считаться съ сложившимися въ хозяйственномъ быту типами отношеній и отказаться отъ ихъ нормировки только потому, что въ жизни нерѣдко встрѣчаются случаи произвольнаго сочетанія элементовъ, относящихся къ различнымъ типамъ сдѣлокъ (смѣшанные договоры). Усвоеніе законодательствомъ такой системы рѣшительно шло бы въ разрѣзъ съ интересами и воззрѣніями хозяйственной жизни.

Не можетъ подлежать спору, что и въ обширной области договоровъ о трудѣ существуетъ цѣлый рядъ вполнѣ опредѣлившихся и усвоенныхъ хозяйственною жизнью типовъ, подраздѣляющихся въ свою очередь на множество разновидностей. Общія нормы, восполняющія постановленія объ отдѣльныхъ разновидностяхъ, по господствующимъ воззрѣніямъ, содержатся въ главахъ о личномъ наймѣ и подрядѣ. Рюмелинъ оспариваетъ правильность этого воззрѣнія, но и онъ не отрицаетъ необходимости такихъ общихъ нормъ и признаетъ, что онѣ не могутъ быть едиными и однородными для всей области «договоровъ о трудѣ». Онѣ по его мнѣнію должны видоизмѣняться въ зависимости отъ того, кто несетъ рискъ, а разложеніе риска въ свою очередь должно опредѣляться закономъ на основаніи извѣстныхъ цивильно-политическихъ соображеній.

Этимъ исчерпывается положительная часть ученія Рюмелина, представляющая не болѣе какъ зародышъ новой классификаціи договоровъ о трудѣ. При послѣдовательномъ развитіи его мысли необходимо задаться вопросомъ: какими признаками опредѣляется и характеризуется область договоровъ о трудѣ, въ которой рискъ лежитъ на работодателѣ, и тѣхъ трудовыхъ сдѣлокъ, коими рискъ возлагается на работника? Если примѣнить

сюда установленные Рюмелиномъ принципы, что по общему правилу всякій несетъ рискъ въ подвластной ему сферѣ и что при сомнѣніи онъ долженъ ложиться на экономически болѣе выносливую сторону, то мы едва ли не придемъ къ тѣмъ же двумъ основнымъ формамъ пользованія чужимъ трудомъ: къ найму служебнаго и предпринимательскаго труда. Необходимо только отрѣшиться отъ противорѣчащаго опыту жизни мнѣнія, будто лица, предоставляющія на время свою рабочую силу опредѣленному работодателю за аккордное или сдѣльное вознагражденіе, тѣмъ самымъ соглашаются участвовать въ рискѣ обслуживаемаго ими предпріятія. За ними, какъ мы увидимъ впослѣдствіи, въ судебной практикѣ и иногда въ законѣ признается право на извѣстный нормальный заработокъ во всѣхъ случаяхъ, когда недостаточность результата не произошла по ихъ винѣ или по причинамъ, относящимся къ ихъ личной сферѣ. Слѣдовательно аккордные рабочіе, вопреки мнѣнію Рюмелина, по воззрѣніямъ жизни отнюдь не принимаютъ на себя въ полномъ объемѣ риска случайной неудовлетворительности результата работы, не несутъ предпринимательскаго риска. Если-же при разрѣшеніи вопроса, на кого по намѣреніямъ сторонъ долженъ ложиться рискъ въ области договоровъ о трудѣ, руководствоваться данными практической жизни и воззрѣніями, установившимися въ оборотѣ, мы придемъ къ заключенію, что въ тѣхъ случаяхъ, когда по договору рабочая сила нанявшагося на время становится служебнымъ звеномъ чужого предпріятія или хозяйства, т. е. при трудовомъ договорѣ, работникъ по общему правилу несетъ только рискъ, касающійся его личности; въ рискѣ же предпріятія онъ участвуетъ своимъ заработкомъ лишь настолько, насколько это особо уговорено сторонами или вытекаетъ изъ обстоятельствъ даннаго случая. Наоборотъ работающій «по собственному плану», обѣщавшій работу

по договору въ качествѣ «предпринимателя», по общему правилу несетъ, насколько противное не условлено, всѣ послѣдствія ея случайной неудовлетворительности.

Предложенный Рюмелиномъ критерій несенія риска такимъ образомъ, на нашъ взглядъ, приводитъ къ тому-же противопоставленію служебнаго и предпринимательскаго труда. Но онъ практически не пригоденъ служить основаніемъ для классификаціи договоровъ о трудѣ уже потому, что наиболѣе характерные признаки сложившихся въ жизни типовъ трудовыхъ отношеній не находятся ни въ какой логической связи съ распредѣленіемъ риска.

Намъ остается сказать нѣсколько словъ о третьей попыткѣ классифицировать трудовыя сдѣлки. Она исходитъ отъ мысли, что юридическая природа этихъ сдѣлокъ опредѣляется тѣмъ, составляетъ-ли ихъ предметъ обѣщаніе высшаго или низшаго труда [1]). Въ современной жизни, также какъ въ античномъ мірѣ, неодинаковая оцѣнка обѣщанной дѣятельности должна побудить законодателя различать правовое положеніе работника, имѣющаго въ виду одну только наживу, одинъ только обмѣнъ своего труда на деньги, и лицъ, для которыхъ вознагражденіе составляетъ скорѣе подспорье или матеріальное обезпеченіе, дающее имъ возможность проявлять свои способности и знанія на пользу другихъ. Направляющимъ и руководящимъ моментомъ дѣятельности послѣднихъ не является стремленіе къ наживѣ; слѣдовательно къ ней не приложима мѣрка простого товарообмѣна. Поэтому отношенія сторонъ, характеръ ихъ взаимныхъ правъ и обязанностей должны быть иными, чѣмъ при обѣщаніи «низшаго» (физическаго, простого и т. под.) труда.

[1]) См. выше стр. 72 сл. и указанную тамъ литературу.

Уже Левенфельдъ [1]) въ своей критикѣ перваго проекта германскаго уложенія отстаивалъ необходимость сохраненія принаравливаемаго къ современнымъ условіямъ римскаго дѣленія на artes liberales и operae. При обѣщаніи первыхъ отношенія между сторонами не могутъ быть построены на разсчетѣ «давать возможно меньше за возможно большую плату» и въ вознагражденіи нельзя видѣть только эквивалентъ работы. Услуги адвоката, врача, учителя, чиновника и т. под. лицъ содержатъ элементъ этическаго долга, исключающаго возможность ихъ качественнаго соизмѣренія со получаемымъ вознагражденіемъ. Гражданское уложеніе, установивъ правило, что «предметомъ личнаго найма могутъ быть всякаго рода услуги» [2]), превратило этотъ договоръ, по мнѣнію Левенфельда, въ совершенно безцвѣтное понятіе, о которомъ законодатель, кромѣ нѣкоторыхъ положеній самаго общаго характера, ничего сказать не можетъ, не рискуя впасть въ противорѣчіе съ требованіями жизни. Такъ, напр. даже постановленіе, что работа исполняется по указаніямъ нанимателя, къ врачу, адвокату, вообще къ лицамъ, обѣщавшимъ «высшій трудъ», большею частью не примѣнимо.

Левенфельдъ, настаивая на нецѣлесообразности уравненія высшаго и низшаго труда, какъ предметовъ договора, однако не указываетъ точнаго критерія для ихъ разграниченія и не останавливается на вопросѣ, насколько положеніе, что лица, обѣщающія высшій и низшій трудъ, преслѣдуютъ различныя цѣли и что вознагражденіе тутъ и тамъ исполняетъ неодинаковыя функціи, составляетъ общее правило и согласуется съ опытомъ хозяйственной жизни.

---

[1]) Th. Locwenfeld, Ueber den Dienst-, Werk-und Auftragsvertrag nach dem Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches въ Gutachten des Anwaltstandes.

[2]) BGB § 611[2]: Gegenstand des Dienstvertrages können Dienste jeder Art sein.

Независимо отъ традицій римскаго права ту же мысль болѣе обстоятельно развиваетъ Гессъ [1]). Онъ задается цѣлью выяснить соціально-политическія основанія, коими законодатель долженъ руководствоваться при классификаціи и нормировкѣ трудовыхъ сдѣлокъ. Добываніе благъ необходимыхъ для удовлетворенія нашихъ потребностей, учитъ онъ, совершается либо посредствомъ собственнаго труда, либо посредствомъ труда другихъ лицъ. Договоры, имѣющіе своимъ предметомъ возмездное обѣщаніе труда, направлены или «на переходъ владѣнія какими нибудь благами за вознагражееніе отъ предпринимателя къ другому лицу (entgeltlicher Besitzwechselverkehr mit Unternehmern)» или на установленіе трудового отношенія (Arbeitsverhältnis). Подъ послѣднимъ подразумѣвается «соединеніе двухъ лицъ въ такую соціальную форму, при которой одно изъ нихъ опредѣляетъ цѣль и содержаніе работы, а другое исполняетъ ее согласно съ полученными указаніями» (стр. 15). Характерно для трудового отношенія то, что «оно представляетъ собою отношеніе господства одного человѣка надъ другимъ». Его отличительный признакъ по сравненію съ обѣщаніемъ предпринимательскаго труда состоитъ «въ обслуживаніи и подчиненіи волѣ опредѣленнаго индивида» (стр. 22). Юридически обѣ категоріи трудовыхъ сдѣлокъ сливаются въ общемъ понятіи договора о трудѣ (Arbeitsvertrag въ смыслѣ ученія Лотмара), но законодательству приходится различать основные типы личнаго найма и подряда и цѣлый рядъ спеціальныхъ видовъ. Германское уложеніе сознательно отвергло разницу между высшимъ и низшимъ трудомъ, какъ юридическій критерій для ихъ разграниченія и, по мнѣнію Гесса, въ этомъ заключается главная причина того, что отдѣльныя положенія

[1]) Walter Hess, Einfache und höhere Arbeit (1905) въ Abhandl. des staatswiss. Seminars zu Iena, II, 2.

закона, насколько ими преслѣдуются соціально-политическія цѣли, не охватываютъ того круга лицъ и правоотношеній, на который они фактически расчитаны. Гессъ пытается затѣмъ опредѣлить термины «высшій» и «нисшій» трудъ. Подъ первымъ онъ подразумѣваетъ «трудъ, предполагающій бо́льшую профессіональную подготовку (grössere Fachkenntnisse) или осуществляемый при помощи собственнаго капитала». Всякій другой трудъ онъ предлагаетъ называть «простымъ», дабы не вызывать представленія, что онъ заслуживаетъ меньше уваженія, или ставится ниже перваго. Авторъ далѣе старается доказать, что соціально-политическія соображенія, оправдывающія законодательную охрану труда, примѣнимы только къ нисшему труду и что, слѣдовательно, нормировка найма труда не можетъ быть одинаковою по отношенію къ «высшему» и «простому» труду.

Мы уже указывали, что понятія «высшій и нисшій» трудъ по своей неопредѣленности и многозначимости исключаютъ всякую возможность пользоваться ими какъ юридическимъ критеріемъ. Гессъ этой неопредѣленности не устранилъ, такъ какъ граница между «большею и меньшею профессіональною подготовкою» не можетъ быть сколько нибудь точно проведена. «Осуществленіе работы при помощи собственнаго капитала» характерно для предпринимателя, но отнюдь не для обѣщанія высшаго труда. И «простой трудъ» очень часто обѣщается лицами, отправляющими самостоятельный промыселъ и затрачивающими собственный капиталъ.

Гессъ, также какъ Левенфельдъ, Штейнбахъ и другіе послѣдователи изложенной теоріи смѣшиваютъ классификацію трудовыхъ сдѣлокъ по ихъ юридической природѣ съ опредѣленіемъ области примѣненія отдѣльныхъ законодательныхъ положеній, преслѣдующихъ особыя соціально-политическія цѣли. Разница между ме-

ханическимъ трудомъ, не требующимъ по общему правилу никакой школы, а только практической выучки, и трудомъ, исполненіе котораго доступно только лицамъ, получившимъ спеціальную подготовку, должна быть учтена законодателемъ и, какъ мы видѣли, фактически учитывается при нормировкѣ нѣкоторыхъ вопросовъ, напр. при опредѣленіи сроковъ предваренія объ отказѣ, обязанности работника руководствоваться при исполненіи порученной работы указаніями работодателя и др. Но юридическая природа договора отъ соціальной оцѣнки обѣщанной работы не зависитъ. Ученый спеціалистъ, также какъ простой рабочій, способный только къ механическому труду, предоставивъ на время свою рабочую силу въ распоряженіе опредѣленнаго работодателя, становится служебнымъ звеномъ его предпріятія или хозяйства, словомъ заключаетъ трудовой договоръ. Съ другой стороны лицо неимущее, не обладающее никакими спеціальными знаніями, можетъ обѣщать конкретно опредѣленную услугу, исполненіемъ которой отношенія между нимъ и работодателемъ исчерпываются, т. е. трудъ предпринимательскій. Простой рабочій безпорно въ гораздо большей степени нуждается въ законодательной охранѣ чѣмъ спеціалистъ, ибо по общему правилу находится въ большей экономической зависимости отъ работодателя. Насколько этой потребности не удовлетворяютъ спеціальныя узаконенія, гражданскіе законы могутъ и должны считаться съ особенностями соціально-экономическаго положенія различныхъ категорій трудящихся. Мы видѣли, что всѣ новѣйшіе гражданскіе законы о наймѣ труда, на ряду съ общими положеніями, содержатъ положенія, примѣнимыя только къ опредѣленной соціальной группѣ трудящихся, напр. къ прислугѣ, къ промышленнымъ рабочимъ, прикащикамъ или только при наличности опредѣленныхъ экономическихъ признаковъ, напр., когда

заработная плата не превышаетъ извѣстнаго размѣра и т. п. Но соціальное положеніе нанимающагося и соціальный характеръ труда не могутъ быть возведены въ юридическій признакъ опредѣленнаго договорнаго типа (и тѣмъ болѣе основного или родового типа), потому что опытъ хозяйственной жизни доказываетъ полную возможность для всякаго человѣка, отдающаго свой трудъ по договору, совершенно независимо отъ свойства работы облечь свое обѣщаніе либо въ форму трудового договора, либо въ одинъ изъ договоровъ о предпринимательскомъ трудѣ.

Гессъ въ сущности и не настаиваетъ на юридико-техническомъ значеніи выдвигаемаго имъ критерія. Онъ самъ, какъ мы видѣли, различаетъ съ одной стороны «договоры съ предпринимателемъ о переходѣ владѣнія добываемыми трудомъ благами» и съ другой—трудовое отношеніе, признавая отличительнымъ признакомъ послѣдняго господство надъ личностью работника. Въ конечномъ итогѣ и онъ такимъ образомъ приходитъ къ заключенію о необходимости выдѣлить въ особый основной договорный типъ тѣ категоріи трудовыхъ сдѣлокъ, для которыхъ характерно интенсивное поглощеніе личности работника на время исполненія имъ своихъ договорныхъ обязательствъ.

Мы ограничимся разсмотрѣнными примѣрами новой классификаціи договоровъ о трудѣ въ литературѣ послѣдняго десятилѣтія. Они свидѣтельствуютъ о томъ, что научная мысль, также какъ законодательная, не мирится дольше съ традиціоннымъ противопоставленіемъ обѣщанія «дѣятельности» обѣщанію «результата работы» и подобными формально-логическими критеріями. Она силится положить конецъ несогласованности общихъ и спеціальныхъ нормъ о наймѣ труда, найти общую цивилистическую почву для тѣхъ и другихъ. Поиски пока еще ве-

дутся ощупью и неувѣренно. Въ нихъ однако съ достаточной ясностью опредѣлилась тенденція къ признанію самостоятельности и къ обособленію отъ прочихъ договоровъ о трудѣ такого основного типа трудовой сдѣлки, который могъ бы служить правовымъ фундаментомъ для договоровъ, объединяющихъ въ одно соціальное цѣлое главу и организатора хозяйства или предпріятія съ лицами, осуществляющими его планы и дѣятельность. Сущность этого договорнаго типа—мы его, по примѣру французскаго contrat de travail, назвали трудовымъ договоромъ—заключается въ томъ, что одно лицо поступаетъ въ услуженіе или на работу къ другому, отдаетъ ему всю или большую часть своей хозяйственной дѣятельности и получаетъ отъ него весь или большую часть своего заработка. Его рабочая сила на время становится звеномъ и средствомъ чужого хозяйственнаго плана, а обѣщанное ему вознагражденіе, насколько онъ живетъ трудовымъ доходомъ, основою его матеріальнаго существованія. Трудовымъ договоромъ устанавливается не только обязательственное отношеніе въ обычномъ смыслѣ права на исполненіе опредѣленныхъ дѣйствій, но своего рода бланкетное обязательство, конкретное содержаніе котораго опредѣляется уже впослѣдствіи одностороннею волею работодателя или потребностями и интересами обслуживаемаго дѣла. Имъ создается не только связанность воли контрагентовъ, какъ при всякомъ обязательствѣ, но—для одной стороны—связанность самой личности, другими словами отношеніе власти и подчиненія. Тѣмъ самымъ для науки и законодательства создается необходимость опредѣлить содержаніе и предѣлы этой власти.

До послѣдняго времени гражданское право относилось безразлично къ вопросу, какъ и чѣмъ фактически опредѣляется содержаніе трудового договора, не предусмотрѣнное сторонами. Мы видѣли, что это безразличіе

имѣетъ свои историческіе корни въ условіяхъ античнаго хозяйства и что въ средніе вѣка личное подчиненіе нанявшагося въ услуженіе свободнаго человѣка вытекало непосредственно изъ соціальнаго разслоенія общества на господъ и слугъ. Въ настоящее время отъ античныхъ и средневѣковыхъ воззрѣній сохранились одни только пережитки. Не только на западѣ, но также у насъ совершается и отчасти уже совершился тотъ movement from status to contract, которымъ, по словамъ Мэна, характеризуется правовая эволюція въ области трудовыхъ отношеній. Можетъ ли наука гражданскаго права, не измѣняя своему назначенію служить свѣточемъ для правовой жизни, отказаться отъ пересмотра и посильнаго построенія правовыхъ принциповъ и началъ, нормирующихъ эту обширную и важную область человѣческихъ отношеній?

Мы могли убѣдиться, что путь, по которому должны итти законодательства и наука въ этой области, властно предуказанъ фактами хозяйственной жизни и исторіею. Они все рѣшительнѣе уклоняются отъ романистическаго ученія о личномъ наймѣ, построеннаго на представленіи о возмездномъ обѣщаніи дѣятельности безотносительно къ тому, въ какое положеніе ставится договоромъ личность работника, какъ хозяйствующаго субъекта. Научные догматы и законодательныя нормы, остающіеся на почвѣ традиціоннаго ученія и не считающіеся съ тѣмъ, что наемъ труда обнимаетъ весьма различныя по своей природѣ отношенія, сознательно или безсознательно обходятъ наиболѣе жгучіе и существенные вопросы, выдвигаемые жизнью, предоставляя ихъ разрѣшеніе либо сингулярнымъ нормамъ спеціальнаго законодательства, либо свободной игрѣ неравныхъ экономическихъ и соціальныхъ силъ. Для сознательнаго анализа и цѣлесообразнаго построенія правовыхъ началъ, опредѣляющихъ трудовыя отношенія, необходимо отрѣшиться отъ созданнаго условіями античной

и средневѣковой жизни взгляда, будто присущій этимъ отношеніямъ личный элементъ не является предметомъ гражданскоправовой нормировки. Необходимо, наконецъ, считаться съ тѣмъ фактомъ, что, на ряду съ договорами о возмездномъ исполненіи отдѣльныхъ конкретно опредѣленныхъ услугъ, ежегодно заключаются милліоны трудовыхъ сдѣлокъ, завязываются милліоны трудовыхъ отношеній, юридическая сущность которыхъ не опредѣляется и не исчерпывается тѣмъ, что стороны другъ другу обѣщаютъ тѣ или иныя дѣйствія. Явно или молчаливо ими оставляется значительный просторъ для подчиненія рабочей силы нанявшагося будущимъ указаніямъ работодателя или для ея проявленія сообразно съ потребностями обслуживаемаго предпріятія. Эта сторона отношеній въ не меньшей мѣрѣ нуждается въ правовой нормировкѣ и заслуживаетъ вниманія изслѣдователя, чѣмъ обѣщаніе работы и вознагражденія.

Трудовой договоръ сплою вещей превратился въ самостоятельный правовой институтъ, который не можетъ быть втиснутъ въ рамки личнаго найма или обойденъ гражданскими законами. Остается выяснить, насколько онъ и, въ особенности, устанавливаемое имъ отношеніе власти и подчиненія, укладываются въ господствующее представленіе объ обязательственномъ договорѣ, и точнѣе опредѣлить и формулировать соотвѣтствующіе его природѣ юридическіе принципы и правовыя нормы.

ГОСУДАРСТВ. ПУБЛИЧНАЯ ИСТОРИЧЕСКАЯ БИБЛИОТЕКА

Цѣна 2 р. 50 к.